

FORUTBEREGNELIGHET I KINESISK KONTRAKTSRETT FRA EN UTENLANDSK PARTS PERSPEKTIV

Kandidatnummer: 375

Veileder: Ola Mestad

Leveringsfrist: 27. november 2006

Til sammen 17 897 ord

07.06.2007

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema og bakgrunn	1
1.2	Rettskildebildet	5
1.2.1	Lover	5
1.2.2	Nasjonale administrative forskrifter.	6
1.2.3	Forvaltningens forskrifter	7
1.2.4	Lokale reguleringer og regler	7
1.2.5	Tolkningsuttalelser	8
1.2.6	Rettspraksis	8
1.2.7	Politiske linjer	9
1.2.8	Internasjonale traktater	9
1.3	Kontraktsrettslige prinsipper	9
1.3.1	Prinsippet om kontraktsfrihet.	11
1.3.2	Prinsippet om god tro	15
1.3.3	Prinsippet om lovgylldighet.	18
1.3.4	Prinsippet om å fremme transaksjoner.	20
<u>2</u>	<u>KONTRAKTSSLUTNINGEN</u>	<u>22</u>
2.1	Kulturelle innvirkninger ved kontraktsinngåelsen: Hvordan sikre forutberegnelighet til kontrakter?	23
2.2	Særlig om statens godkjenning	26
2.3	Særlig om registrering	26
2.4	Betingelser for kontraktens gyldighet.	28
<u>3</u>	<u>KONTRAKTENS INNHOLD</u>	<u>31</u>

3.1	Tolkningsprinsipper	32
3.1.1	Ord og uttrykk i kontrakten	32
3.1.2	Formålet med kontrakten	34
3.1.3	Kutymer og kontraktsbruk.	34
3.1.4	God tro	35
3.2	Bristende forutsetninger	35
<u>4</u>	<u>HÅNDHEVING I KINESISKE DOMSTOLER</u>	<u>40</u>
4.1	Om tvisteløsning.	40
4.2	”Rule of Law” – rettsikkerhet/rettstatsprinsippet i kinesisk rett.	41
4.3	Særlige svakheter i dommerstanden.	43
4.4	Korrupsjon	44
4.5	Domstolenes uavhengighet	44
4.5.1	Partiets innflytelse	45
4.5.2	Lokal proteksjonisme	46
4.5.3	Sosialt press.	47
4.6	Tvangsfullbyrdelse og relaterte problemer	48
<u>5</u>	<u>BRUK AV VOLDGIFT VED KONTRAKTSBRUDD</u>	<u>48</u>
5.1	Om voldgift	48
5.1.1	Definisjon av begrepene nasjonal og internasjonal	52
5.2	Tvangsfullbyrdelse av voldgiftsdommer i Kina.	53
5.2.1	Særlig om tvangsfullbyrdelse av internasjonale voldgiftsdommer etter NewYork konvensjonen.	54
<u>6</u>	<u>OPPSUMMERING OG KONKLUSJONER</u>	<u>60</u>
<u>7</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>61</u>

1 INNLEDNING

1.1 Tema og bakgrunn

Folkerepublikken Kina (Kina) har siden slutten av 1970- tallet åpnet opp for en markedsøkonomi og prøver å legge forholdene til rette blant annet gjennom ny kontraktslovgivning fra 1999¹ for at utenlandske interesser skal kunne etablere seg i Kina og dermed ta del i landets enorme utvikling.

Jeg vil i det følgende analysere deler av den kinesiske kontraktsretten og problemer knyttet til håndhevelse av kontrakter i kinesiske domstoler. Innfallsvinkelen er problemer som oppstår i det juridiske rommet i møte mellom en kinesisk og en utenlandsk kontraktspart.

Tema for oppgaven er å kartlegge de særlige utfordringer som en utenlandsk (norsk) kontraktspart møter ved kontraktsinngåelse i Kina. Jeg vil særlig legge vekt på forutberegneligheten (eller mangel på sådan) fra en utenlandsk parts perspektiv.

Kina har innført et siviltrettslig system. En del av lovgivningen som foreskriver statsstyring av økonomien er likevel bevart. På kontraktsrettens område har kineserne i det vesentlige tatt i bruk et vestlig system. Den nye kontraktsloven er delvis hentet fra FN`s konvensjon for internasjonale løsørekjøp fra 1980 (CISG), hvilket den nordiske kontraktsretten også er. CISG er således svært relevant for analysen, tolkningen og forståelsen av loven og jeg vil trekke den inn der jeg anser det som relevant. Jeg vil prøve å rette oppmerksomheten på de hårfine, men likevel betydningsfulle forskjellene. Disse forskjeller kan forårsake problemer for parter som ved første øyekast ser likhet med CISG (og norsk rett).

¹ Contract Law of the People`s Republic of China. Adopted on March 1999 at the Second Session of the Ninth National People`s Congress and Effective as of 1 October 1999..

Jeg vil forsøke å se hvordan de kinesiske reglene virker. Ved nærmere undersøkelser avsløres det betydningsfulle forskjeller som kan forandre avtaler og motarbeide intensjonene til en godtroende kontraktspart. Et eksempel er kontraktsloven artikkel 7 og de kryssende hensyn som gjør seg gjeldende her. Denne bestemmelsen kan lett bli tolket likt med vestlig kontraktsrett. Gjennom bruk av vilkår som ”*sosial ethics*” og ”*public interests*” åpner det for tolkning slik at kontraktsparter fra begge sider kan finne dem problematiske. Kina har en tendens til å la slike hensyn få forrang i en større utstrekning enn i de fleste vestlige land. De tolker disse begrepene på en veldig fleksibel måte for å ivareta myndighetenes interesser.

Jeg har gjort et utvalg av problemstillinger knyttet til forutberegnelighet.

Kontraktsloven er et produkt av politiske beslutninger fra staten for å bygge et juridisk rammeverk som skal støtte økonomisk vekst i samfunnet og samtidig støtte den statlige plan økonomien.

Forbindelsen mellom økonomiske og rettslige reformer har blitt mer åpenbar i forbindelse med Kinas medlemskap i Verdens Handelsorganisasjon (WTO). Ved vedtakelsen av kontraktsloven i 1999 prøvde kinesiske myndigheter å bringe kinesisk forretningspraksis i en form for samsvar med generell vestlig praksis.

Som et resultat har de rettslige reformene vært gjenstand for politiske konflikter. Således inneholder kontraktsloven en innebygd spenning mellom lovgivers forsøk på å styrke forutberegnelighet, og motstandernes forsøk på å beholde statlig kontroll.

Del 1 av oppgaven omhandler rettskildebildet i Kina. Rettskildesituasjonen er lite oversiktlig og til dels vanskelig tilgjengelig. Regelgivning på ulike plan (nasjonalt, regionalt og lokalt) stemmer ikke alltid overens. Her vil jeg fremstille hvordan regelkonflikter løses. Kina har prøvd å avklare uklarheten om rettskildene ved å innføre en lov om lovgivningen (lovgivningsloven).² Dens formål er å standardisere og styrke det samlede lovgivningssystem, fremme ”rule of law” og oppbygge en sosialistisk rettsstat.

² Lov om lovgivningen av 15. mars 2000,

Den har dog ikke lyktes helt i å avgrense lovgivningskompetansen mellom de forskjellige organer og unngå motstrid mellom de forskjellige rettsakter. Dette gir lite forutberegnelighet for en kontraktspart som er på vei inn i, eller befinner seg i, et kontraktsrettslig forhold. De grunnleggende kontraktsrettslige prinsipper bestemmer bl.a. at partene i en kontrakt er likestilte. Videre gjelder kontraktsfriheten og grunnsetningen om kontraktens bindende kraft. Endelig skal partene overholde lovene og forvaltningens forskrifter, adlyde den offentlige moral og ikke krenke samfunnets sosiale og økonomiske orden eller andre offentlige interesser.

Del 2 omhandler kontraktsslutning i Kina. I det første kapittelet vil jeg presentere hovedtrekkene i kinesisk forhandlingsteknikk. Grunnen er at mange av de problemene som eventuelt oppstår senere kan unngås dersom man har en større forståelse av forskjellene i forhandlingsteknikk og metode. Det er i dette kapittelet kontraktens forutberegnelighet sikres best. Videre behandler jeg kontraktsslutning etter loven med vekt på betingelser for kontraktens gyldighet i forhold til myndighetenes sterke involvering som regulator, som kan føre til særskilte problemer i møte med myndigheter og domstoler.

I del 3 blir noen spørsmål vedrørende kontraktens innhold behandlet. Kontraktsloven gir for første gang en generell regel for tolkningen av kontrakter, og er et forsøk på å styrke forutberegneligheten og tøyne dommernes skjønn. Læren om bristende forutsetninger ble ikke tatt inn i kontraktsloven fordi lovgiverne var redd for urimelig bruk av domsstolsskjønn. Likevel er det ingen ting som tyder på at denne lenge etablerte doktrinen i Kina vil forsvinne i praksis.

Del 4 behandler særlige problemer ved håndheving av kontrakter i domstolene, og hvordan særlige svakheter i rettsystemet vil kunne påvirke tvangsfullbyrdelsen av en dom. Kinas rettssystem er lite utviklet, men under forbedring. Etter at Kina ble medlem av WTO har den kinesiske økonomien blitt stadig mer integrert i verdensøkonomien. Samtidig er det ingen tvil om at Kinas enorme markedspotensial og den sterke økonomiske veksten i stor grad tiltrekker seg utenlandske bedrifter og investorer. Med en slik ramme trengs det ytterligere innsats for å forbedre Kinas lovgivning og juridiske prosess. Da må Kina og utvikle rettsikkerheten for utenlandske parter slik at det finnes troverdige muligheter til å få

sin rett når tvist oppstår. Jeg vil prøve å se hvordan *rule of law* utvikler seg. Dette prinsippet er innført i grunnloven blant annet for å få den nye kontraktsloven til å virke. Selv om kineserne har omfavnet *rule of law* er spørsmålet om kineserne og vesten tolker prinsippet likt.

I del 5 ser jeg på deler av voldgiftsinstituttet, og myndighetenes muligheter til å intervenere i en avsagt voldgiftsdom. En voldgiftsdom er betinget av en effektiv og pålitelig tvangsfullbyrdsesmekanisme. Voldgift er den foretrukne og anbefalte tvisteløsningsmekanisme hos utenlandske parter fordi det er antatt at voldgift gir sterkere forutberegnelighet enn søksmål pga. landets svake rettsystem. Tvangsfullbyrdelse har i stor grad blitt kritisert i Kina. Myndighetene kan påvirke en voldgiftsdom gjennom vilkårene *public interests* og den internasjonale privatrettslige regelen *ordre public*.

Jeg vil se på hvorvidt noen av de særlige problemene i domstolene, som blir gjennomgått i del fire, også gjør seg gjeldene ved voldgift, og dermed svekker forutberegneligheten ved voldgift i Kina.

Deler av avhandlingen er skrevet i Kina. Mye av det jeg bygger oppgaven på er et resultat av samtaler med kinesiske jussprofessorer, jusstudenter, advokatkontorer og andre eksperter i kinesisk jus. Jeg har også brukt engelskspråklig litteratur og primærkilder som det fremgår av litteraturlisten. Det finnes lite litteratur om den nye kontraktsloven. Når det gjelder domstolene og voldgift finnes det imidlertid mye engelskspråklig litteratur, med til dels uenighet.

Kinesiske myndigheters innstilling til å reformere og forbedre rettsystemet er svært tydelig i media. Det går neste ikke en dag uten at tiltak for å bekjempe korrupsjon, lokal proteksjonisme, og fremme *rule of law* er i nyhetsbildet. Spørsmålet er om dette er tiltak gjort for å tekke WTO og vesten, eller om Kina virkelig er på vei mot et *rule of law* samfunn.

1.2 Rettskildebildet

Kontraktsloven er delt inn i en generell del, og i en spesiell del. Den generelle delen kommer til anvendelse på alle typer kontrakter. Den spesielle delen av kontraktsloven dekker kun 15 forskjellige kontraktstyper. Mange andre kontraktstyper er utelatt og regulert i andre lover og regler. Andre lover og regler kan også ha innvirkning på de 15 forskjellige kontraktstypene som er regulert i kontraktsloven, og kan til og med begrense virkningen av den generelle delen av kontraktsloven. Derfor er det viktig å undersøke andre rettskilder for å oppnå en rett tolkning og anvendelsesområde. Rettskildene er mange, og rettskildehierarkiet er uklart. Kina har forsøkt å avklare uklarheten ved å innføringen av lovgivningsloven. Som nevnt innledningsvis er dens formål å standardisere og styrke det samlede lovgivningssystem, fremme *rule of law* og oppbygge en sosialistisk rettsstat. Den har imidlertid ikke lyktes å avgrense lovgivningskompetansen mellom de forskjellige organer og unngå motstrid mellom de forskjellige rettsakter. Det er heller ikke klart hvilke krav som stilles til lovmessig forvaltning, og hva som er tillatt for myndighetene og for borgerne i forhold til myndighetene. Dette betyr at legalitetsprinsippet i forvaltningen, slik vi kjenner det i vesten, er svakt utbygget.

1.2.1 Lover

Den Nasjonale Folkekongress (NPC) er den øverste statsmyndighet i Kina. Den stående komité (NPCSC) er NPC's permanente organ. I følge Grunnloven art. 58 utøver NPC og NPCSC den lovgivende makt. Kun NPC kan vedta endringer i Grunnloven og loven. I praksis overlates det meste av lovgivningsarbeidet til NPCSC. Lover laget av NPCSC som bryter med Grunnloven kan bli annullert eller endret av NPC.³

Lovene er bare underordnet Grunnloven.⁴ Om lovene er i pakt med Grunnloven kan ikke overprøves av domstolene i en sivil sak.⁵ Dette er annerledes enn i Norge hvor retten og HR i siste instans avgjør om lover er i strid med Grunnloven.

Lover er overordnet nasjonale administrative forskrifter, forvaltningens forskrifter og

³ Grunnloven art. 5 (3).

⁴ Grunnloven, art. 5(3)

⁵ Ling s.26

lokale reguleringer og regler. Domstolene har ingen hjemmel til å prøve gyldigheten av disse.⁶ Lovgivningsloven hjemler regler som løser uoverensstemmelse mellom lover. Spesielle regler går foran generelle og nye regler går foran gamle, jfr. tilsvarende prinsipp i Norge.

Hvis det oppstår regelkonflikter skal de løses av NPCSC. Når det gjelder kontraktsloven er uoverensstemmelse med andre lover regulert i art. 123: ” *If there are provisions as otherwise stipulated in respect to contracts in other laws, such provisions shall be followed.*”. Det betyr at andre lover går foran.⁷

Det er forutsatt at kontraktsloven etter art. 123 refererer til spesielle typer av kontrakter, og ikke er underordnet prinsipper gitt for å styre privatrettslige forhold gitt i GPCL⁸. Likeså er det forutsatt at kontraktsloven under art.123 er overordnet nasjonale administrative forskrifter, forvaltningens forskrifter og lokale reguleringer og regler.⁹

1.2.2 Nasjonale administrative forskrifter.

Administrative forskrifter kan komme fra mange kanter og ha mange navn. Administrative forordninger (*xingzheng fagui*) er den overordnede betegnelsen for forskrifter utstedt av statsrådet. De administrative forordningene har samme rettskraft som loven og skal offentliggjøres.¹⁰ Forskrifter er underordnet Grunnloven og lover, men er høyere enn forvaltningens forskrifter og lokale forskrifter og lover.¹¹

Regelkonflikt mellom forskrifter er regulert i lovgivningsloven.¹²

⁶ Ling s. 27.

⁷ Ling s. 27

⁸ General Principle`s of the Civil Law of the People`s Republic of China. Adopted at the Fourth Session of the Sixth National People`s Congress, promulgated on April 12, 1986, and effective as of January 1, 1987.

⁹ Ling s.28

¹⁰ Liisberg s. 41.

¹¹ Ling s, 28 - 29.

¹² Art. 83

1.2.3 Forvaltningens forskrifter

Forvaltningens forskrifter (ministerial rules) er en samlebetegnelse for regler utstedt av forvaltningen under statsråden, dvs. fra enkelte departementer, kommisjoner og byråer. Det er relativt detaljerte regler, men begrenset til spesifikke fagområder innenfor departementets myndighet.¹³

Forvaltningens forskrifter sørger ofte for detaljerte regler for særskilte spørsmål som er relevante for kontrakter, sånn som lisenser, registrering, ytelser, overdragelse, tvisteløsning og erstatningsansvar.

Til tross for at departementet og kommisjonene er tildelt makt gjennom Grunnloven, er det usikkert hvorvidt forvaltningens forskrifter er bindende for rettsapparatet i sivile og økonomiske saker.¹⁴

1.2.4 Lokale reguleringer og regler

Parallelt med den nasjonale administrative reguleringen eksisterer det to overordnede typer av lokale regelsett. Dels lokale forordninger (*difang fagui*), som utstedes av lokale folkekongresser og deres stående komitèer på provinsnivå (og visse provinshovedsteder). Dels lokale administrative reguleringer (*difang xingzheng guizhang*) som utstedes av lokale regjeringer og myndigheter på provisjonsnivå.¹⁵ Det er usikkert hvilken rettslig status de lokale administrative reguleringene har. Konflikter mellom nasjonale og lokale reguleringer er vanlig, som i praksis ofte forblir uløste og som bidrar til en vanskelig rettskildelære.¹⁶

¹³ Liisberg s. 41

¹⁴ Liisberg s 41

¹⁵ Liisberg s. 41. Det gjelder i et vist omfang særlige regler for lokale forordninger og reguleringer utstedt av selvstyrende regioner ,samt særlig i de økonomiske soner. Disse forskjellene er imidlertid ikke betydelige.

¹⁶ Liisberg s. 41

1.2.5 Tolkingsuttalelser

Grunnloven tildeler NPCSC myndighet til å tolke lover. NPCSC har delegert myndigheten til å fortolke lovene til Den øverste Folkedomstol (SPC), som i realiteten utøver en selvstendig lovgivningsvirksomhet.

Fordi kinesiske myndigheter tradisjonelt har brukt loven som et instrument til å gjennomføre sin politikk, er ordlyden i kinesiske lover og reguleringer ofte, og med vilje, tvetydig. Dermed har embetsmenn hatt stor fleksibilitet ved tolkning av loven.

Tolkingsuttalelser av lover og forskrifter utgjør en viktig del av kinesisk rett. Det skilles mellom fire typer tolkningsuttalelser: Lovgivende tolkningsuttalelser, tolkningsuttalelser av SPC, administrative tolkningsuttalelser og tolkningsuttalelser for lokale reguleringer og regler.

SPC har blitt den viktigste og den mest aktive autoriteten i Kina mht. tolkningsuttalelser. Siden kinesiske lover for det meste er formulert med generelle og uklare uttrykk, og fordi rettspraksis normalt ikke er ansett som en rettskilde, er juridiske tolkningsuttalelser gitt av ulike autoriteter (og særlig SPC), svært viktige ved anvendelsen av loven.

1.2.6 Rettspraksis

Formelt anerkjenner ikke det kinesiske rettsystemet rettspraksis som en rettskilde. I realiteten har imidlertid noen saker blitt publisert av SPC og brukt av lavere domstoler som presedens. Disse sakene innebærer som regel vanskelige og komplekse anliggender, løste problemer, saker av nasjonal betydning eller situasjoner hvor loven trenger å bli ytterligere klargjort eller supplert.¹⁷ Rettspraksis er ikke juridisk bindende, men tjener som en viktig veiledning for lavere domstoler ved anvendelse av loven i like situasjoner, og har i realiteten en betydningsfull innflytelse.

¹⁷ Ling s. 35.

1.2.7 Politiske linjer

Art. 6 i GPCL sier: ”*Civil activities must be in compliance with the law; where there are no relevant provisions in the law, they shall be in compliance with state policies.*”

Av dette følger at politiske linjer utgjør en rettskilde i Kina. Skillet mellom statlig politikk og partiets politikk er imidlertid ikke alltid helt klar. Flertallet i det juridiske fagmiljøet skiller imidlertid mellom parti politikk og statlig politikk, og avviser ideen om at partipolitikk skal kunne komme til anvendelse i sivile saker. Siden lederskapet og utformingen av de statlige politiske linjene er kontrollert av kommunistpartiet, vil det i praksis være vanskelig å skille mellom partiets politiske linjer og statens. I en sak hvor loven ikke gir noen bestemte regler kan domstolene anvende politiske linjer som er uttrykt i ikke- rettslige statlige dokumenter, for å oppnå ønskelig resultat. Denne muligheten følger ikke av kontraktsloven.¹⁸

1.2.8 Internasjonale traktater

I henhold til kinesisk praksis er internasjonale traktater og avtaler som er inngått av regjeringen og ratifisert av NPCSC blitt en integrert del av loven, med unntak av de reservasjoner som Kina har gjort. Loven inneholder ingen generell bestemmelse ved regelkonflikt mellom internasjonale traktater som Kina har ratifisert, og nasjonale lover. Noen spesielle lover sier imidlertid at internasjonale traktater eller avtaler skal gå foran den bestemte loven ved regelkonflikt.¹⁹

1.3 Kontraktsrettslige prinsipper

Kontraktsloven inneholder bestemte grunnprinsipper som kommer til uttrykk i lovens første del.²⁰ Grunnprinsippene er ubestemte av natur. De tjener som retningslinjer for lovgiverne når de vedtar lover, og for jurister når de arbeider med kontrakter og loven. De

¹⁸ Ling s. 37

¹⁹¹⁹ For eksempel patentloven (2000) art. 18 -20. Ling s. 38

²⁰ Kontraktsloven, art. 3-8.

er også veiledende rettsregler for partene som i mangel av spesielle rettsregler. Domstolene må bruke prinsippene som retningslinjer ved tolkning av lover og i rettsstomme rom. Grunnprinsippene har vært anvendt i mange saker i kinesiske domstoler.

Et typisk eksempel er *Juxian Liquor Factory v. Wendeng Brewery*²¹. I denne saken hadde saksøkte brukt vare- og flaskemerke på brennevinet sitt som var lik saksøkers produkter, og solgte til en lavere pris. Dette forårsaket dermed et økonomisk tap for saksøker. Da saken stod for retten var ikke konkurranseloven²² iverksatt. Shandong domstol på provinsnivå (High People`s Court)²³ anvendte grunnprinsippene og slo fast at saksøktes handlinger krenket prinsippene om god tro (artikkel 6), prinsippet om ”*protection of lawful civil rights and interests of citizens and legal persons*” og prinsippet om ”*public interests*” (artikkel 7). Saksøkte ble holdt ansvarlig for skadene.

Også i kinesisk kontraktsrett anerkjennes prinsippet om at spesielle regler går foran generelle regler. Selv om det direkte virkeområdet for grunnprinsippene er til bruk for domstolene, er den praktiske effekten at de gir domstolene vidt skjønn som kan lede til misbruk eller uheldige forhold. I en tid der kompetansen, uavhengigheten og rettskaffenheten til domstolene er problematisk, er det viktig å tøyne en slik juridisk makt, slik at en sikrer sikkerheten ved handel og sikrer forutberegnelighet. I *Juxian Liquor* dommen hvor det ble påberopt grunnprinsipper i en sak hvor spesielle rettsregler manglet, og hvor der var tvingende grunner (jfr. konkurranseloven) for å fylle lovens tomrom, er det satt en ønskelig presedens for å begrense den direkte bruken av grunnprinsippene.²⁴ Med andre ord: grunnprinsippene skal bare brukes der det er virkelig nødvendig, og ikke som en unnskyldning for å utøve uheldig domstolsskjønn.

²¹ Ling s. 39.

²² Law Against Unfair Competition.

²³ For redegjørelse av domstolene, se punkt 4.1 i avhandlingen.

²⁴ Ling s. 40.

1.3.1 Prinsippet om kontraktsfrihet.

Kinesisk kontraktsrett har aldri eksplisitt anerkjent prinsippet om kontraktsfrihet. Under lovutkastene var dette prinsippet gjenstand for intense debatter. Under pre-reform perioden var økonomiske kontrakter underlagt sentralisert regulering og ansett som et redskap for å oppfylle statlige reguleringer. De statlige planene var ufravikelige av natur og frarøvet partene deres kontraktsfrihet.²⁵ Kontraktsloven inneholder politiske kompromisser mellom tilhengerne av kontraktsfrihet og de som er opptatt av statlig kontroll.²⁶ Det juridiske fagmiljøet har argumentert med at parter i en markedsøkonomi bør ha autonomi og frihet til å bestemme over transaksjonen, og det er bare gjennom transaksjoner som er basert på partenes egne valg som kan lede til sunn konkurranse i markedet. Således er kontraktsfrihet antatt å være et redskap i utvikling av markedsøkonomi, og bør være stadfestet i en kontraktslov.²⁷

Kontraktsfrihet i moderne tid har riktignok vært gjenstand for begrensninger gjennom bruk av standardkontrakter og ufravikelige økonomiske reguleringer fra staten. Det er imidlertid antatt at i en økonomi som går fra en sentralisert planøkonomi til en markedsøkonomi, må ha kontraktsfrihet, og at det må bli slått fast som et hovedprinsipp i kontraktsloven. Potensiell skade kan bli lempet gjennom bruk av prinsippene om god tro og prinsippet om lovgylldighet.

Prinsippet om kontraktsfrihet utledes fra tre artikler i kontraktsloven. Artikkel 3 etablerer prinsippet om lik juridisk status for partene. Artikkel 4 formulerer i klare ord prinsippet om kontraheringsfrihet som en kjerneverdi på området. Artikkel 8 fastsetter de rettslige konsekvensene av utøvelsen av kontraktsfriheten og fastholder kontraktens bindende karakter.

Kontraktsloven påtvinger imidlertid begrensninger i kontraktsfriheten som er ansett som nødvendige for å hindre dens misbruk, og for at staten kan regulere økonomien og opprettholde offentlig ro og orden. I tillegg til kravene om god tro og lovgylldighet,

²⁵ Ling. s 40

²⁶ Potter s. 42

²⁷ Ling. s. 41

inneholder kontraktsloven bestemmelser om statlig kontroll med kontrakter (art. 38) bl.a. statens planer som begrensende faktor. Dette er interessant i forhold til forutberegnelighet pga. den begrensning i kontraktsfriheten det representerer. Prinsippet om kontraktsfrihet er også begrenset av bestemmelsene som regulerer ikrafttredelse (effectiveness) av kontrakter. Bestemmelser som krever at kontrakter tilfredsstiller kravet til god tro (art.6) og sosial moral og offentlige interesser (art. 7) gir offentlige myndigheter vide rammer for skjønnsutøvelse ved bestemmelsen av hvilke kontrakter som er lovlige og hvilke som ikke er det.

1.3.1.1 Likhetsprinsippet

Art. 3 sier: *“Contracting parties are equal in their legal status, and no party may impose his own will upon the other party.”*

Dette prinsippet er vel etablert i kinesisk sivil- og kommersiell rett.²⁸ Prinsippet bygger på det grunnleggende prinsipp at kontrakter er en avtale mellom likeverdige parter og gjenspeiler forestillingen om at i en fri markedsøkonomi konkurrerer og samarbeider partene i en transaksjon på et likeverdig grunnlag. Det stadfester en politikk som fordømmer innblanding av administrativ makt i kontraktsinngåelsesprosessen, og som gir forskjeller mellom partene. Likheten i juridisk status utvider nødvendigvis den juridiske beskyttelsen, slik at alle kontraktsparter, uten hensyn til deres eierskap, statlig støtte eller økonomisk makt skal beskyttes i den juridiske eller administrative prosessen.²⁹

1.3.1.2 Prinsippet om kontraheringsfrihet.

Artikkel 4 i kontraktsloven sier:

“Parties enjoy, according to law, the right to voluntarily conclude contracts , and no work unit or individual may illegally intervene therein”.

Prinsippet om kontraheringsfrihet ble innført som et kompromiss. Den stadfester partenes rett til å inngå en kontrakt etter eget ønske, men fremhever at den retten må være utøvd i

²⁸ Se for eksempel GPCL art. 3 og konkurranseloven art. 2(1)

²⁹ Ling s. 41

henhold til loven. Under prinsippet om kontraheringsfrihet står en part fritt til å velge hvorvidt han skal slutte en kontrakt, hvem han skal slutte kontrakten med og under hvilke betingelser. Partene har formfrihet.³⁰ Selv om artikkel 4 i kontraktsloven omtaler retten til å frivillig slutte en kontrakt er det allment akseptert at prinsippet rekker utover kontraktsslutningen og innbefatter partenes rettigheter til å endre eller avslutte kontrakten og retten til å avtale ansvar og tvisteløsninger.³¹

1.3.1.3 Prinsippet om pacta sunt servada

Prinsippet om pacta sunt servada er vel etablert i kinesisk rett.³²

Artikkel 8(1) i kontraktsloven gir den logiske følgesetning for kontraktsfrihet:

*” Contracts concluded according to law are legally binding on the parties. The parties shall perform their respective duties in accordance with the agreement and may not unilaterally modify or terminate the contract”*³³

Den gir den rettslige konsekvensen av å utøve kontraktsfrihet, og er ansett som en del av prinsippet om kontraktsfrihet.

Artikkel 8(1) sier at kontrakter er bindende for partene. Dette uttrykker prinsippet om forholdsmessighet, hvor kontraktsrettigheter bare kan bli påberopt av partene i en kontrakt. Kontraktsforpliktelsen kan bare bli krevd tvangsfullbyrdet av partene i en kontrakt. Der er imidlertid mange unntak. Siden 3. manns deltakelse i kontrakter er vanlig i Kina åpner artiklene 64 og 65 i kontraktsloven for kontraktsfrembringende rettigheter eller plikter for en tredje part.

³⁰ Ling s. 43

³¹ Ling s. 43

³² GPCL art. 57

³³ Ling s. 43

1.3.1.4 Statlig plan

Kontraktsloven artikkel 8 er den eneste generelle bestemmelsen som er knyttet til statens ufravikelige plan. Den sier:

”Where the state, according to the need, imposes mandatory tasks or state procurements tasks, the legal persons or other organisations concerned shall conclude contracts in accordance with the rights and duties prescribed in the relevant laws and administrative regulations.”

I praksis er der nå få ufravikelige planer som fører til offentlig inngripen. Denne bestemmelsen var ansett som nødvendig siden staten, for å opprettholde og utvikle forsvarsindustrien og strategiske og nasjonale byggeprosjekter, må ha rett til å erverve og kontrollere visse omfang av strategiske produkter (for eksempel olje stål og kull). Kontrakter på disse områdene er regulert av spesielle lover og administrative reguleringer. Restriksjonene i kontraktsfriheten på disse områdene er et unntak, og begrunnet med at statlige eide foretak er forpliktet til å oppfylle statlige pålagte planer.³⁴ Det må og nevnes at en slik form for statlig restriksjon bare kan bli pålagt ved lov og statlige forvaltningsmessige reguleringer, og lokale reguleringer. Lokale regjeringer og myndigheter er således avskåret fra å pålegge spesielle restriksjoner på forretningsvirksomheter.

1.3.1.5 Forvaltningens overoppsyn med kontrakter

Artikkel 127 spesifiserer at State Administration of Industry and Commerce (SAIC) skal ha ansvaret for administrasjon og overoppsyn med kontrakter sammen med andre departementer.

Artikkel 127 sier:

”Administrative departments for industry and commerce and other competent administrative departments are, within their respective jurisdiction and in accordance with the provisions of laws and administrative regulations, responsible for supervising and

³⁴ Law on Industrial Enterprises Owned by the Whole People, art. 35(1).

disposing of illegal acts that use contracts to harm the interests of the state and the public. If such acts constitutes crimes, criminal responsibility shall be pursued according to law.”

Av dette følger det at fullmaktene for det statlige overoppsyn er begrenset til behandling av ulovlige handlinger *ex post facto*, og innebærer ikke forhåndsvurdering av kontrakten. En slik kontroll kommer bare til anvendelse på ulovlige saker og må ikke gripe inn i lovlige forretningsaktiviteter.³⁵ Overoppsyn av ulovlige kontrakter skal være basert på særskilt autorisasjon gjennom lover og forskrifter. Det kan omfatte spesielle krav til bestemte kontrakter vedrørende konsesjoner for parter i kontrakten, formkrav, innhold, effekt, overføring av kontrakt og regler for tvisteløsning.

Bestemmelsen reflekterer den politiske konflikten mellom kontraktsfrihet og nasjonale interesser, siden organer for overoppsyn har myndighet til å behandle overtredelser av nasjonale interesser og offentlig velferd.³⁶

1.3.2 Prinsippet om god tro

Prinsippet om god tro er et vel anerkjent prinsipp i kontraktsretten i mange land, inkludert Norge. Prinsippet er et av de mange grunnprinsipper i kinesisk kontraktsrett, som danner grunnlaget for de spesielle prinsippene og reglene. Det er også tatt inn i mange kinesiske lover.³⁷

Artikkel 6 i kontraktsloven sier:

”The parties shall observe the principle of good faith in the exercise of their rights and performance of their duties.”

Prinsippet om god tro anerkjenner den rettslige virkningen av moralske, sosiale og kommersielle normer. Disse normene adresserer partenes atferd, ikke bare under utførelsen av en sluttet kontrakt, men i alle faser av det kontraktsrettslige forholdet mellom partene.

³⁵ Ling s. 49

³⁶ Potter s.44

³⁷ Se for eksempel også GPCL, art. 4 og konkurranseloven art. 2 (1). Det juridiske fagmiljøet mener prinsippet ikke bare regulerer kontrakter, men at det og er et sivilrettslig grunnprinsipp.

Til tross for at interessene ofte står mot hverandre i de fleste kontrakter, må alle kontrakter i en viss utstrekning sees på som et felles prosjekt der partene må samarbeide. Det har blitt foreslått at standarden en må legge til grunn i balansen mellom god tro prinsippet og partenes interesser, er hva en kan forvente av en ansvarlig og samarbeidsvillig deltager i det relevante fellesskapet. Hvilke standarder som kommer til anvendelse i de ulike sakene kommer primært an på kontraktens natur, formål og forholdene forøvrig. Moralske og sosiale normer kan være mer relevant for ikke- kommersielle transaksjoner.³⁸

Lojalitet den annen parts interesser er uten tvil en generell standard som kommer til anvendelse på mange transaksjoner. Ved anvendelse av prinsippet om god tro i en bestemt sak bør retten være opptatt av:

a): Hvorvidt en norm for opptreden (moralsk, sosial eller kommersiell) er ansett etablert i det fellesskapet hvor transaksjonen finner sted og, det en forventer av et medlem i fellesskapet.

b): Hvorvidt det vil være rimelig å anvende den standarden i den bestemte saken i rette.³⁹

Artiklene 60(2) og 92 krever at anvendelsen av prinsippet god tro skal bli tolket i lys av formålet med transaksjonen, og i forbindelse med avviklingen av kontrakten.

Anvendelsen av god tro i spesielle saker kan lede til konflikt mellom anvendelsen av spesielle rettsregler og betingelsene i kontrakten mellom partene. Siden god tro i seg selv er ubestemt og tildeler retten et utvidet skjønn, er det viktig å begrense anvendelsesområdet for å hindre at retten utnytter og misbruker prinsippet.

Anvendelsen av prinsippet på en sak som ikke er regulert av noen spesielle regler i loven ser ut til å være ukontroversiell og har ofte blitt anvendt i rettspraksis.⁴⁰ Hvor saken er regulert av en spesiell regel i loven, vil prinsippet om at spesielle lover går foran generelle regler bety at det generelle prinsippet om god tro ikke kan anvendes. Å tillate retten (selv med overoppsyn fra SPC) og se bort fra den spesielle regelen bare fordi den strider mot

³⁸ Ling s. 54

³⁹ Ling s. 54

⁴⁰ Ling s. 55

dommerens oppfatning av sosial rettferdighet, er farlig i praksis. I de fleste tilfeller kan problemet bli avverget gjennom faglært tolkning av den spesielle regelen. Som andre grunnprinsipper bør prinsippet om god tro bare bli anvendt direkte i en bestemt sak, hvor der ikke er noen spesielle bestemmelser i loven som kontrollerer problemet.⁴¹ I alle tilfeller er det lovgiver som har autoriteten og ansvaret til å lage og vedta lover.

Hvorvidt prinsippet om god tro kan bli anvendt for å forandre betingelsene i kontrakt er også problematisk. Det er nå bestemt at god tro prinsippet bare må bli anvendt hvor meningen til en kontraktsbetingelse er uklar, og den skal da bli tolket i samsvar med den gjeldende moral, sosiale eller kommersielle standard. I rettspraksis har retten hovedsakelig anvendt prinsippet om god tro for å underbygge, heller enn å fravike, den bindende virkningen av løfter eller avtaler.

1.3.2.1 Prinsippet om rimelighet.

Prinsippet om god tro gir beskyttelse for partenes rimelige forventninger.⁴²

Artikkel 5 i kontraktsloven sier:

”The parties shall observe the principle of fairness in determining their respective rights and duties.”

Prinsippet om rimelighet er etablert i mange kinesiske lover.⁴³ Noen kommentatorer mener at rimelighetsprinsippet bør kreve likhet i verdien av de respektive forpliktelsene, og rimelighet i risikofordelingen.⁴⁴ Denne oppfatningen om likhet har blitt avvist i lovgivningen. Det er antatt at rimelighetsprinsippet ikke skal bli anvendt for å pålegge utilbørlige restriksjoner i kontraktsfriheten. Hensynet bak rimelighetsprinsippet er i hovedsak å hindre at den sterkeste parten misbruker sin makt og påtvinger den svakere part urimelige betingelser. På grunn av dette hensynet gir kontraktsloven flere spesielle regler

⁴¹ Ling s. 55

⁴² Ling s. 50

⁴³ Se f. eks. GPCL art. 4 og konkurranseloven art. 2(1)

⁴⁴ Ling s. 51

for å begrense partenes frihet til å bestemme kontraktsbetingelsene.⁴⁵ Den mest betydningsfulle av dem er artikkel 54(1)(2), som sier at en kontrakt som åpenbart er urimelig på tidspunktet for kontraktsslutningen er ugyldig. Også artikkel 39(1) sier: *”Where a contract is concluded by using standard terms, the parties applying the standard terms shall comply with the principle of fairness when determining the rights and duties of the parties...”*. Artikkel 114(2) begrenser partenes frihet til å bestemme omfanget av tapet i en kontrakt ved å gi domstolene myndighet til å justere beløpet hvis det er lavt eller urimelig høyt ifht. det faktiske tapet pådratt av den skadelidende part. Kontraktsloven⁴⁶ og artikkel 59(1)(2) i GPCL har tatt inn en regel om misforståelse (misconception). Denne regelen kan anvendes på alle typer kontrakter I juridisk praksis har de fleste urimelige kontrakter eller kontraktsbetingelser blitt utfordret på grunnlag av regelen om misforståelse.⁴⁷

Bortsett fra den generelle regel om urimelighet finnes og spesielle regler i kontraktsloven og andre lover som kan bli påberopt for å angripe en urimelig kontraktsbetingelse. Dersom en anvender spesielle regler vil virkningen av det generelle rimelighetsprinsipp i kontrakter være begrenset. I juridisk praksis har de fleste urimelige kontrakter eller kontraktsbetingelse blitt utfordret på grunnlag av regelen om misforståelse. Tilfeller hvor rimelighetsprinsippet blir direkte anvendt, har vært sjeldne.⁴⁸

1.3.3 Prinsippet om lovgylldighet.

Kontrakter, som andre handlinger i samfunnet må rette seg etter preseptoriske bestemmelser i loven. Der loven er stum, må de være i overensstemmelse med sosial moral og offentlige interesser. Artikkel 7 i kontraktsloven sier:

⁴⁵ Ling s. 51.

⁴⁶ Artikkel 54 sier blant annet: *”In regard to the following contracts, a party has the right to apply to a people`s court or arbitral institution for modification or rescission:*

(1) one that is concluded as a result of a significant misconception,

(2) one that is evidently unfair at the time of the conclusion of the contract.”

⁴⁷ Ling s. 52.

⁴⁸ Ling s. 52.

“In concluding and performing a contract, the parties shall abide by the laws and administrative regulations, observe social ethics. Neither party may disrupt the socio-economic order or damage the public interests.”

Kravet om overensstemmelse mellom loven og offentlige interesser er tatt inn i mange kinesiske lover.⁴⁹ Kontraktsfrihet skal ikke bli utøvd hvis det skader offentlige interesser. Det er slått fast både i preseptoriske lover og alminnelige prinsipper for offentlig orden og god moral. Kontrakter som strider mot preseptorisk lov eller krenker offentlige interesser er ugyldig.

Kravet til å overholde *“the laws and administrative regulations”* er ment bare å omfatte preseptoriske bestemmelser i loven og administrative reguleringer.⁵⁰ Hvorvidt en bestemt bestemmelse i loven eller den administrative reguleringen er preseptorisk eller ikke, er et spørsmål om tolkning.. Det har blitt foreslått at kontraktslovgivningen i vid forstand for det meste ikke er preseptorisk.⁵¹ Noen bestemmelser i kontraktsloven er helt klart deklarasjonelle.⁵² Bestemmelsene som regulerer kontraktens gyldighet og fullmakten til offentlige myndigheter i kontraktssammenheng,⁵³ er preseptoriske. Bestemmelser som forsvarer offentlige interesser er også preseptoriske.

Artikkel 7 refererer til *“laws and administrative regulations”* og spørsmålet er om det omfatter lokale reguleringer og regler.⁵⁴ SPC sa i kontraktlovens tolkningsuttalelse at gyldigheten til kontrakten kan bare bli prøvet på grunnlag av lover og forskrifter.⁵⁵ Likevel er det vanskelig å avvise på grunnlag av Grunnloven eller lovgivningsloven, at lokale regler og forskrifter er bindende på partene så lenge de er lovlig vedtatt. Hvordan dette problemet skal bli behandlet av domstolene gjenstår å se.⁵⁶

⁴⁹ Se f.eks. GPCL, art. 6 og 7, Insurance Law art. 4 og 10.

⁵⁰ Ling s.57.Se også kontraktsloven ,art. 52(5).

⁵¹ Ling s. 57

⁵²Kontraktsloven art.23(2)(1), 34(2), 62 og 90.

⁵³ F.eks. kontraktsloven art. 38 og 127.

⁵⁴ Ling s. 57

⁵⁵ Contract Law Interpretation, art. 4.

⁵⁶ Ling s. 58

Kravet i artikkel 7 til å ”*observe sosial ethics*” og til ikke å ”*harm public interests*” er allment kjent i kinesisk sivilrett som prinsippet om offentlig orden og god moral. Prinsippet er sidestilt med kravet til at kontrakter skal være i overensstemmelse med loven, og det er åpenbart at prinsippet kommer til anvendelse på anliggender som ikke spesielt er regulert i loven.⁵⁷ Prinsippet tjener å fylle hullet preseptorisk lov, og for å sikre at partene ikke misbruker rettighetene eller forstyrrer grunnleggende politiske og økonomiske interesser.⁵⁸ Referansen til ”*sosial ethics*” og ”*public interests*” ser ut til å skille prinsippet fra prinsippet om god tro, som først og fremst vedrører moralske, sosiale, og kommersielle normer. I praksis er imidlertid ikke dette skillet alltid like klart.⁵⁹ Begge disse prinsippene er farlige fra et forutberegnelighetsperspektiv. Beskyttelsen av offentlige interesser er imidlertid i hovedsak et offentlig anliggende, og et spørsmål om forholdet til offentlige lover. Det er foreslått at prinsippet om god tro i hovedsak vedrører balanseringen av partenes interesser. Beskyttelsen av offentlige interesser i sivilretten er regulert av prinsippet om logyldighet, som bygger på andre hensyn enn prinsippet om god tro.⁶⁰

1.3.4 Prinsippet om å fremme transaksjoner.⁶¹

Kontraktsloven regulerer transaksjoner og skal fremme transaksjoner. Artikkel 1 i kontraktsloven sier følgende om lovens formål: ” *This Law is enacted with a view to protecting the lawful rights and interests of contracting parties, maintaining social and economic order and promoting socialist modernisation.* ” – “*Socialist modernisation*” er et uttrykk for Kinas ønske om å utvikle en markedsøkonomi.

⁵⁷ Ling s 58.

⁵⁸ Om overtredelse av offentlige interesser, se punkt 2.4.1.1. i avhandlingen.

⁵⁹ Jfr. Juxian Liquor saken.

⁶⁰ Ling s. 53.

⁶¹ Dette prinsippet er så vidt jeg kan se ikke blitt drøftet i Ling sin bok. I en artikkel skrevet av Wang Liming og Xu Chuanxi i 1999 (se litteraturlisten) er imidlertid dette prinsippet trukket frem som et av tre hovedprinsipper. De andre prinsippene er kontraktsfrihet og god tro. Wang Liming er en av lovskriverne av kontraktsloven.

Under en markedsøkonomi er alle transaksjoner i hovedsak forvaltet gjennom slutning og oppfyllelse av kontrakter. Markedet i seg selv består av transaksjoner, hvor totaliteten igjen utgjør det samlede marked. Fra dette perspektivet utgjør kontraktsrettslige forhold det mest grunnleggende rettslige forholdet i en markedsøkonomi. For å fremme den begynnende utviklingen av Kinas markedsøkonomi skal derfor kontraktsloven fremme, og oppmuntre til transaksjoner. Å oppmuntre partene til å delta i transaksjoner er ensbetydende med å oppmuntre til deltakelse i markedet. Bare når transaksjoner i markedet, under beskyttelse av kontrakten og andre relaterte lover, øker i antall, kan Kinas markedsøkonomi skyte fart. Likeledes må det bli oppmuntret til transaksjoner slik at økonomisk effektivitet og den samlede velstanden i samfunnet kan øke. Frivillige transaksjoner kan sikre at ressurser går til parter som setter mest pris på dem. Parten kan igjen bruke disse ressursene på mest mulig effektivt vis. Således, selv om kontrakter ikke i seg selv kan gir sosial velferd, kan fremme av effektive transaksjoner derfor frembringe økt sosial velferd. Det er verdt å merke seg at ved å fremme transaksjoner menes det oppmuntring til lovlige kontrakter. Lovligheten til en kontrakt er hovedvilkåret for kontraktens gyldighet.⁶²

Kontraktsloven fremmer transaksjoner ved å gi regler for gyldighet. For eksempel tillater loven ulike måter å gyldiggjøre en kontrakt, til tross for mangler. Hvis kontrakten mangler vesentlige betingelser eller hvis disse er tvetydige, skal retten tolke kontrakten slik at den tillater partene, hvis de ønsker det, å være bundet av den heller enn å gjøre kontrakten ugyldig og dermed eliminere hele transaksjonen.⁶³

⁶² Det betyr at bare hvor partenes avtale ikke overtrer formelle lover og offentlige interesser (public interests) vil den være gyldig. I situasjoner hvor kontrakten overtrer loven eller offentlige interesser, skal loven ikke bare avstå fra å fremme den aktuelle transaksjonen, men skal også finne partene ansvarlig for deres overtredelse. Om betingelser for kontraktens gyldighet, se punkt. 2.1.4 i avhandlingen.

⁶³ Se 2.1.4. om betingelser for kontraktens gyldighet.

2 KONTRAKTSSLUTNINGEN

Strukturen og reglene i kontraktsloven er lånt fra utenlandske modeller, særlig CISG. En gjennomgang av de enkelte reglene fra et forutberegnelighetsperspektiv er således ikke nødvendig. Det viktige er at kontraktsloven inneholder bestemmelser for kontraktsslutningen gjennom regler for tilbud og aksept (art.13 – 20) og gradvis binding. En kontrakt kan inngås muntlig, skriftlig eller i en annen form, med mindre loven eller forskrifter sier noe annet. (art. 10) .⁶⁴

Det som imidlertid er viktig å merke seg, er at staten har beholdt kontrollen over økonomiske transaksjoner i visse sammenhenger gjennom kravene til godkjenning, registrering og kontraktens rettslige gyldighet.

Art. 9 i kontraktsloven krever at partene har rettslig handleevne for at kontrakten skal være rettslig gyldig⁶⁵, som igjen er regulert av GPCL. Bestemmelsen refererer både til kinesiske og utenlandske borgere.⁶⁶ I de fleste tilfeller vil kontraktsparter være juridiske personer, inkludert selskaper, partnerskap og andre organisasjoner. Juridiske personer har rettslig handleevne etter GPCL. Staten beholder kontroll over hvilke økonomiske aktiviteter selskaper har lov til å delta i gjennom kravene til registrering og godkjenning. Disse kravene danner grunnlaget for en juridisk persons eksistens.

Kontraktens rettslige gyldighet kommer således hovedsakelig an på statens holdning til, og evaluering av den aktuelle kontrakten.

⁶⁴ Sann som for eksempel låneavtaler (art. 197), leiekontrakter som overstiger seks mnd. (art.215), anleggskontrakter (art. 270) og teknologiske kontrakter (art. 342). Voldgiftsavtaler kan bare inngås skriftlig. Se kap. 5 i avhandlingen. I andre tilfeller, sann som handel og investeringskontrakter, garantiavtaler og bestemte transport kontrakter vil skriftlig form være påkrevd av andre lover og forskrifter.

⁶⁵ Art. 9 sier:” *When concluding a contract, the parties shall have the appropriate capacity for civil rights and capacity for civil acts.*” Denne regelen skal bli forstått til å gjelde kontraktens rettslige gyldighet. Det er ikke nødvendig at partene har rettslig handleevne når de slutter kontrakten.

⁶⁶ Ling s. 61.

Art. 52 i kontraktsloven sier:

”A contract is void in one of the following situations:

- (1) where a party uses fraud or duress to conclude the contract, thereby harming the interests of the state;*
- (2) where it involves malicious collusions to harm the interests of the state, a collective organisation or a third person;*
- (3) where it conceals an illegal purpose in a lawful form;*
- (4) where it violates the public interests;*

Denne bestemmelsen avslører en merkelig kombinasjon mht. handling og konsekvenser, som trenger å klargjøres av fremtidige tolkningsuttalelser for kontraktsloven.

Et annet viktig anliggende ved kontraktsslutningen som er viktig å ha kjennskap til, er forskjellen fra vesten i måten å gjøre forretninger på. Det kommer særlig til syne ved kontraktsinngåelsen og i forhandlinger generelt. Kineserne har en tendens til å se på en kontrakt som et uttrykk for et langsiktig samarbeid og et vennskapelig forhold, heller enn et juridisk dokument med rettslige følger. Kjennskap til kulturelle forskjeller er helt avgjørende for å få i stand et vellyktet kontraktsforhold i Kina.

2.1 Kulturelle innvirkninger ved kontraktsinngåelsen: Hvordan sikre forutberegnelighet til kontrakter?

Kina er en annen verden. Internasjonal erfaring kommer vel med og er en nødvendig, men ikke tilstrekkelig betingelse for suksess. Men man må også forstå Kina, dets historie og kultur. Det forretningsmessige tankesett er annerledes – det gjør at man kan få mange overraskelser ved kontraktinngåelsen.

Tradisjonelt i kinesisk kultur utgjør familien det viktigste grunnlaget for menneskene. Individer eksisterer først og fremst i sammenheng med familien. Familien prioriteres foran forretningene. Hovedpoenget er at til forskjell fra vestlige kulturer, er ikke kinesiske forretningsvirksomheter atskilt fra familie og forbindelser. Kinesiske familier gjennomgår

imidlertid en forandring som et resultat av press både innenfra og utenfra. Men der er ennå ikke tegn til at prioriteringen ”familien først - forretningene i annen rekke” er blitt forlatt.

Guanxi er et uttrykk for kinesisk vennskaps- og nettverksbygging. Kjennskap til dette uttrykket er helt grunnleggende for suksess i Kina. Der er tre nivåer av guanxi: Det høyeste er den indre sirkelen som består av familie og venner og utgjør det sterkeste båndet. Videre er personer med betydningsfulle nettverk basert på tillit og delte erfaringer det neste nivået. Det siste nivået er ”fremmede”, og kan ikke stoles på. Siden der ikke er noen forbindelse med fremmede, føler de ikke noe ansvar for dem. Før fremmede kan rykke opp til andre nivå må de overkomme mistenksomheten de er assosiert med. For å utvikle guanxi, må en først forstå og sette pris på betydningen med å gi gaver eller å gjøre tjenester. Den gjensidige ofringen av gaver og tjenester skaper et gjensidig gjeldsforhold som kan danne grunnlaget for guanxi.

Relasjoner, gjensidighet og respekt er grunnleggende regler i det kinesiske samfunnet. Kineserne vil fokusere mer på gruppehandlinger, ikke individuelle prestasjoner. Lojalitet og lydighet overfor gruppen gir beskyttelse og hjelp. Kineserne har en holistisk tilnærming til livet, og forestillingen om deres roller innenfor gruppen vil gjenspeiles i alle forretningsaspekter, inkludert forhandlinger og oppfyllelse av en kontrakt.

Mianzi (ansikt), er basert på sosial status, karakter og rykte. For å opprettholde mianzi vil kineserne noen ganger lyve og gjøre dårlige forretningsavgjørelser. Når en person får den andre til å miste ansikt, blir begge parter skadet. Folk mister ansikt når de ikke behandles med respekt. Å nedlate, kritisere og fornærme en person vil forårsake at en part mister ansikt.

Det kinesiske holistiske tidsperspektivet har implikasjoner på hvordan forretninger blir utført. Tid er ikke penger. Tidsperspektivet har implikasjoner på kontraktsoppfyllelsen fordi tid er best brukt på å dyrke relasjoner, og endelige forberedelser blir ofte gjort i siste liten.

I stedet for konfronterende forhandlinger og potensielt søksmål, vil kineserne prøve å finne løsninger hvor ingen mister ansikt eller handelen. Kinesisk tenkning legger vekt på nå enighet gjennom samarbeid. De vil prøve å omdefinere slagmarken ved å utvikle strategiske omveier og villedde potensielle motparter.

Kinesisk kommunikasjon må forstås i sammenheng med den kulturelle sammenhenger bak ordene. Hovedkilden til informasjon finnes i gester, tonefall, sosial status og bakgrunnen til den som snakker.

For å opprettholde sosial status og relasjoner vil beskjeder, særlig negative, bli overrakt indirekte. For å "redde ansiktet" til begge sider av forhandlingen vil kineserne sjeldent si nei. Der er andre måter å si nei på. F. eks. å si at en anmodning er ubeleilig, under betraktning eller under drøfting - betyr generelt nei. Sterke følelser kan også få en part til å miste ansikt. Positive følelser, sånn som å rose en bestemt person, kan forårsake disharmoni så vel som sinne eller andre negative følelser. Å velge ordene med omhu er det klokeste valget når en forhandler med kineserne.

Kineserne anser kontraktssigneringen som bare begynnelsen på det kontraktsrettslige forholdet. Avtaler som er inngått under de formelle forhandlingene har ikke mer, og kanskje til og med mindre betydning enn de uformelle forhandlingene og kommunikasjonen etter kontraktsinngåelsen.

2.2 Særlig om statens godkjenning

Kinesisk lov krever statens godkjenning for flere typer av kontrakter. Disse kontraktene vedrører som regel viktige offentlige interesser og statlig undersøkelse og godkjenning er nødvendig før partenes avtale blir rettslig bindende. Kinesisk- utenlandsk joint venture kontrakter, og ulike kinesisk- utenlandske petroleumskontrakter, kontrakter for import av teknologi og ulike patentrettighetskontrakter er noen viktige eksempler på kontrakter som krever statens godkjenning.

I hvilke tilfeller statlig godkjenning kreves og hvorvidt slik godkjenning er et vilkår for kontraktsslutningen mellom partene eller en betingelse for kontraktens rettslige gyldighet, er behandlet forskjellig i ulike lover og reguleringer.

Hvorvidt en kontrakt er sluttet er hovedsaklig et spørsmål om den innbyrdes avtalen mellom partene. Statlig godkjenning vil normalt bare berører den rettslige gyldigheten av kontrakten. Viktigheten av å skille mellom partenes avtale og kontraktens rettslige gyldighet ligger i det faktum at hvis godkjenning bare berører gyldigheten, er kontrakten inngått(men ikke enda rettslig gyldig) når partene har gitt sitt samtykke. En plikt til å ta de nødvendige skritt for å oppnå nødvendig statlig godkjenning vil da fremgå uttrykkelig eller vil være underforstått i kontrakten. Hvis en av partene ikke overholder sin del av denne plikten vil det kunne medføre kontraktrettslig ansvar.

Hvis statlig godkjenning berører selve kontraktsslutningen, er ikke kontrakten sluttet før godkjenning er blitt gitt. Hvis en av partene ikke oppfyller sin del av denne plikten vil det kunne være gjenstand for pre- kontraktuelt ansvar.

2.3 Særlig om registrering

Det grunnleggende formålet med å kreve registrering av bestemte kontrakter er offentliggjøring eller for å opprettholde statlig protokoll for slike kontrakter. Kravet til registrering gjelder særlig kontrakter som berører fast eiendom og immaterielle rettigheter. Blant de kontraktene som krever registrering er kontrakter for overføring av

patentrettigheter og patentsøknader,⁶⁷ kontrakter for leie av fast eiendom ,⁶⁸ kontrakter for salg av næringseiendom ,⁶⁹ kontrakter for leie av grunn ,⁷⁰ etablering av pant ,⁷¹ visse former for sikkerhetsstillelse i kontraktsforhold,⁷² kontrakter for salg , pantstillelse og leie/leasing av fly ,⁷³ kontrakter vedrørende salg og pantsettelse av skip ,⁷⁴ og kontrakter mellom utenlandske og kinesiske parter vedrørende utvinning av mineraler .⁷⁵

For enkelte kontrakter krever loven registrering og notoritet, for eksempel kontrakter vedrørende lisensiering av varemerke,⁷⁶ ansettelseskontrakter for midlertidig ansettelse i statlige foretak,⁷⁷ visse kontrakter vedrørende samarbeid med China National Petroleum and Natural Gas Corporation⁷⁸ og kontrakter vedrørende formidling av flytransport .⁷⁹ Krav om registrering og notoritet berører ikke gyldigheten mellom partene eller kontraktens gyldighet. Den rettslige virkningen av en uregistrert kontrakt som krever registrering er varierende. Noen lover og reguleringer forutsetter registrering som en nødvendig betingelse for kontraktens gyldighet.⁸⁰

⁶⁷ Patent Law, art. 10(3).

⁶⁸ Urban Housing Administration Law, art. 53.

⁶⁹ Id, art. 44(2).

⁷⁰ Provisional Regulation on the Assignment and Transfer of the Right to Use State Owned Land in Urban Areas, art. 31.

⁷¹ Security Law, art. 41 og 43.

⁷² Id., arts. 78(1) og 79.

⁷³ Civil Aviation Law, art. 14, 16 og 33.

⁷⁴ Maritime Law, art. 9(1) og 13(1).

⁷⁵ Provisional Measures on the Registration of Exploration of Mineral Resources , art. 29.

⁷⁶ Trademark Law , art. 26(3).

⁷⁷ Provisional Rules on the Administration of Temporary Workers of the Enterprises Owned by the Whole People, art. 3.

⁷⁸ Regulation Concerning the Exploitation of On- shore Petroleum Resources in Co- operation with Foreign Enterprises, art. 8(2).

⁷⁹ Rules on the Administration of Sales Agency for Civil Air Transport, art. 22(2).

⁸⁰ Ling s. 100

Artikkel 9 i SPC sin tolkningsuttalelse av kontraktsloven sier:

”Where laws or administrative regulations provide that the registration procedure shall be carried out in respect of a contract, but do not provide that a contract becomes effective only after the registration, the effectiveness of the contract is not affected by the failure of the parties to carry out the registration procedure, but ownership and other real rights in the subject matter of the contract shall not be transferred.”

Følgelig gjør ikke mangel på registrering i seg selv at kontrakten ikke er gyldig, med mindre loven uttrykkelig sier noe annet. Den overfor nevnte bestemmelsen presumerer at registreringskravet kommer til anvendelse på kontrakter for overføring av materielle rettigheter, jfr. norsk tinglysning. I forhold til en slik kontrakt skiller bestemmelsen mellom gyldigheten og overføringen av de materielle rettighetene. Kontrakten mellom partene skal være gyldig, men hjemmel til kontraktens gjenstand skal ikke overføres. Konsekvensen av ikke- registrering under artikkel 9(1) er at en uregistrert kontrakt er ugyldig i betydningen av at den ikke kan bli påberopt mot en god troende tredje part. Kontrakten imidlertid bindende mellom partene i kontrakten.⁸¹

2.4 Betingelser for kontraktens gyldighet.

Kontraktsloven skiller strengt mellom rettslige gyldige kontrakter og kontrakter med betydelige mangler. Kontrakter med betydelige mangler er generelt kontrakter som mangler et reelt uttrykk for partenes intensjoner.⁸² En kontrakt med betydelige mangler er ikke ugyldig i seg selv, med mindre parten som har rett til det, krever at den skal opphøre eller lempes.⁸³

⁸¹ Ling s 100

⁸² Kontraktsloven art. 54

⁸³ Kontraktsloven art.5. Retten skal generelt avstå fra å avslutte kontrakten hvis den kan lempes og i tilstrekkelig grad beskytte partenes interesser uten å krenke loven og offentlige interesser. Formålet er å fremme transaksjoner og redusere tap og sløsing med ressurser. Liming and Chuanxi (1999).

Som nevnt innledningsvis kommer kontraktens gyldighet hovedsakelig an på statens holdning til, og evaluering av den aktuelle kontrakten. Med andre ord: Kontraktsslutningen er hovedsakelig styrt av partenes frie vilje og prinsippet om kontraktsfrihet. Kontraktens gyldighet reflekterer først og fremst statens evaluering av, og inngripen i det kontraktsrettslige forholdet.⁸⁴ Disse begrensningene synliggjør at Kina er i en overgang til en markedsøkonomi, men sporene fra et sosialistisk system med en styrende stat er fortsatt synlig. Dette representerer et betydelig usikkerhetsmoment fra et forutberegnelighetsperspektiv.

I tillegg til å liste opp fire typer av ugyldige kontrakter i art. 52, sier kontraktsloven uttrykkelig at ugyldige kontrakter er de som overtrer preseptoriske bestemmelser i lov eller forskrift. Denne bestemmelsen er særdeles viktig fordi den innebærer at ikke en hvilket som helst lov eller forskrift vil ugyldiggjøre en kontrakt. Bare hvor en nasjonal lov eller forskrift er overtrådt kan en kontrakt bli erklært ugyldig. Videre er vil ikke en hvilken som helst overtredelse av en bestemmelse i lov eller forskrift føre til ugyldighet. Bare hvor en preseptorisk bestemmelse er overtrådt, kan kontrakten bli ugyldiggjort. Dette har i stor grad begrenset omfanget av ugyldige kontrakter, som var betydelig under tidligere kontraktslover.⁸⁵

Vilkårene ”*illegal purpose*”, *public interests*” og ”*violation of laws and regulations*” representerer et betydelig usikkerhetsmoment mht. offentlig inngripen. ”*Fraud or duress*” må tilsynelatende resultere i skade av statlige interesser for at kontrakten skal være ugyldig. Henvisningen til ”*public interests*” er åpen og upresis og gir myndighetene vid fullmakt til å gripe inn i kontrakten.⁸⁶ En nærmere gjennomgang av denne regelen er således nødvendig.

⁸⁴ Liming and Chuanxi (1999).

⁸⁵ Liming and Chuanxi (1999).

⁸⁶ Kontraktens kan også bli ugyldig etter prinsippet om god tro (art. 6) og kravet til offentlig sosial moral i art. 7 i kontraktsloven. Disse bestemmelsene gir også myndighetene et vidt skjønn ved bestemmelsen av hvilken kontrakt som er i overensstemmelse med loven, jfr. punkt 1.3.2 og 1.3.3 i avhandlingen.

2.4.1.1 Særlig om "public interests"- offentlige interesser

Kinesisk lov tar i bruk det generelle prinsippet om at kontrakter ikke må stride mot "*public interest*" og *social ethics*".⁸⁷ For å fremme dette prinsippet sier både GPCL artikkel 58(1)(5) og kontraktsloven artikkel 52(4) at en kontrakt som strider mot *public interests* er ugyldig. I utvidende betydning er alle kontrakter ulovlige dersom de strider mot offentlige interesser på en eller annen måte. *Public interests* regelen er noen ganger tolket utvidende for å omfatte ulovlige kontrakter og kontrakter i ond tro. Undertiden påberoper retten både ulovlighet og krenkelse av offentlige interesser som grunnlag for å erklære en kontrakt ugyldig.⁸⁸ Det faktum at *public interests* regelen er sidestilt med regelen om ulovlige kontrakter antyder at *public interests* regelen bare kommer til anvendelse på de kontraktene som ikke havner i konflikt med noen av de spesielle ufravikelige reglene i loven, men som likevel har til hensikt å kompromittere *public order and social*. Siden det er sjeldent at en kontrakt som krenker *public order* ikke samtidig vil havne i konflikt med ufravikelige regler i loven, ser det ut til at *public order* regelen først og fremst er beregnet på kontrakter som krenker *public morals*.⁸⁹

Fordi begrepet "*public interests*" i seg selv er uklart, gir anvendelsen av offentlige interesser domstolene et betydningsfullt rettslig skjønn som innebærer en vesentlig risiko for juridisk utnyttelse og misbruk. Urimelig bruk av regelen øker ustabiliteten til kontrakter og motarbeider kommersielle transaksjoner som kontraktsloven skal legge til rette for avskydde. Således er det viktig at "public interests" regelen blir liberalt anvendt i aktuelle saker.

⁸⁷ Jfr. lovgylighetsprinsippet.

⁸⁸ Ling s. 171.

⁸⁹ Ling.s 171.

3 KONTRAKTENS INNHOLD

Kinesiske myndigheter prøver å oppmuntre utenlandske interesser ved å bagatellisere de politiske risikoene, og delta i Kinas økonomiske utvikling. Ved å bygge på et vestlig system håper de på å gi klare og forutberegnelige regelverk for utenlandske interesser. Tolkningen av kontrakter er imidlertid betydelig influert av den innebygde spenningen mellom den vestlige standarden, og kinesiske statlige og lokale interesser. Tolkning av kontrakter fortsetter i høy grad å være betydelig influert av lokale kulturelle normer.

I utgangspunktet er partene forpliktet til å oppfylle det de har avtalt etter artikkel 60 (1) i kontraktsloven. Den sier:

*”the parties shall fully perform their obligations according to the agreement.”*⁹⁰

Kontraktsloven artikkel 125 gir en regel for tolkning av kontrakter dersom det oppstår tvil om innholdet. Den sier:

”If there is a dispute between the parties over the understanding of a term of the contract , the true meaning of that term shall be determined in light of the words and expressions used in the contract, the related terms in the contract, the purpose of the contract, the usage of transaction and the principle of good faith.”

Denne regelen sier at kontraktsbestemmelser skal tolkes i lys av (etter fallende rekkefølge av viktighet) uttrykt språk av kontrakten, tilhørende kontraktsbetegnelser, formålet med kontrakten, forretningspraksis og prinsippet om god tro.⁹¹ Dette er mer omfattende enn bestemmelsene i CISG , som fokuserer på partenes praksis og sedvane. Kontraktslovens referanse til foretningspraksis og god tro åpner imidlertid for muligheten til at uttrykk vil bli tolket av kinesiske domstoler på en måte som vil være ukjent for utenlandske parter. Bestemt bruk og tolkning av disse uttrykkene vil kreve henvisning til eksisterende kinesisk

⁹⁰ Det samme er fastsatt i GPCL, art. 88.

⁹¹ Kontraktsloven art. 125.

praksis og lov, og reiser forventningen om tolkningen som avviker fra de som anvendes av CISG.⁹²

3.1 Tolkningsprinsipper

De tidligere kontraktslovene ga ikke et system for kontraktstolkning. Retten anså derfor i praksis kontrakter, hvor innholdet var uklart eller tvetydig, som ugyldig. Av den grunn ble gjennomføringen av mange transaksjoner forhindret. Dette brøt åpenbart med myndighetenes ønske om å stimulere til transaksjoner og økt økonomisk virksomhet. Et system for kontraktstolkning ble derfor gitt i kontraktsloven art. 125 og 41 (standardkontrakter),⁹³ for å styrke forutberegneligheten og gi rettslig beskyttelse til kontraktsparter så vel som deres transaksjoner. Bare ved et slikt system og klare standarder for kontraktstolkning, kan dommerens skjønn bli tøylet. Dommerne er pålagt å tolke uttrykkene i en utformet kontrakt med den normale betydning.⁹⁴ Hvor der er to eller flere alternative betydninger skal retten ta i bruk den som går imot den part som skrev kontrakten. Et slikt prinsipp har vi og i norsk rett.

3.1.1 Ord og uttrykk i kontrakten

Ordlyden er en betydningsfull faktor ved bestemmelsen av partenes riktige intensjon, hvis den er sikker og utvetydig. Ordlyden i kontrakten, selv om det er klar og utvetydig, er ikke endelig, og andre faktorer som er nevnt i 125(1) kan komme til anvendelse.⁹⁵

⁹² Potter s. 44.

⁹³ Artikkel 41 sier :*”If a dispute arises over the understanding of a standard term, the term shall be interpreted in accordance with the usual understanding of the term. If there are two or more interpretations of a standard term, the interpretation that is unfavourable to the party that supplies the standard term shall be adopted. If there is an inconsistency between a non- standard term, the non- standard term shall prevail.”*

⁹⁴ Liming and Chuanxi (1999)

⁹⁵ Ling s. 228.

En helhetlig tilnærming skal bli anvendt ved kontraktstolkning, slik at et uttrykk i kontrakten skal bli vurdert i lys av andre uttrykk i kontrakten.⁹⁶ Et uttrykk er forutsatt å ha samme mening i forskjellige klausuler av kontrakten, med mindre det klart er gitt uttrykk for det motsatte.⁹⁷ Et ikke- standard uttrykk skal gå foran et standard uttrykk, jfr. og norsk avtaletolkning.

Noen forfattere har utvidet begrepet ”*related terms*”, slik at retten når de tolker kontrakter, også kan ta i betraktning forhandlingen mellom partene forut for kontraktsslutningen, og etter at kontrakten er inngått.⁹⁸ Et slikt utvidet begrep er diskutabelt. Under enhver omstendighet vil partenes opptreden i forhandlinger og etter inngåelsen bli betraktet av retten under synsvinkelen god tro. Forhandlinger og opptreden etter inngåelse kan bli påberopt for å vise at partene har hatt den samme forståelse av uttrykkets mening.

I *Backstage Fashion Magazine Co. V. Dalian Mengluna Everyday Chemicals Ltd*, inngikk saksøker og saksøkte en oppfyllelseskontrakt hvor saksøker ville invitere Claudia, beskrevet som ” verdens mest berømte supermodell”, til å utføre en serie av modell visninger i Kina. Saksøkte nektet imidlertid å betale honorarer når han oppdaget at Claudia som ankom Kina, ikke var Claudia Schiffer, men en Claudia Carberro. Saksøker presenterte vitneutsagn fra den kinesiske ambassaden i Italia som sa at Ms. Carberro også var ”en av de mest berømte supermodellene i verden”. Retten ga, under tvil, saksøker medhold fordi kontrakten var sluttet før saksøker hadde presentert videotapen av Ms. Carberro (dog ikke vist hennes fulle navn) til saksøkte, og saksøkte hadde ikke protestert.⁹⁹

⁹⁶ Se for eksempel Ling s 228.

⁹⁷ Ling s. 228.

⁹⁸ Ling s 228. Partene kan også selvfølgelig avtale at bakgrunns materialet som er forberedt under forhandlingene, er inkludert som en del av kontrakten.

⁹⁹ Ling s. 228.

3.1.2 Formålet med kontrakten

En formålstjenelig tilnærming skal foretas. Hvor to tolkninger er mulig, er det som er mer passende for formålet som skal bli foretrukket.¹⁰⁰ Hvor en part inngår en kontrakt med et spesielt formål, er det enighet i teorien om at formålet bare er relevant hvis det er kjent for den andre parten. Hensynet bak den formålstjenelige regelen er at når et uttrykk kan tolkes på to måter, er det den som vil gi en effektiv kontrakt som skal bli foretrukket.¹⁰¹

Den formålstjenelige tilnærmingen kommer også til anvendelse på flerspråklige kontrakter (art. 125(2)) ved avstemt språklig tolkning. En slik språklig tolkning fastlegger imidlertid bare ordlyden i kontrakten. Andre tolkningsfaktorer, som relaterte uttrykk i kontrakten, kutyme og god tro, kommer deretter til anvendelse, jfr. kontraktsloven art. 125.¹⁰²

3.1.3 Kutymen og kontraktsbruk.

Dette begrepet ble først introdusert i Kina gjennom kontraktsloven. Teorien er generelt enige i at kutyme inkluderer hva som i CISG blir kalt ”practices”, altså praksis som er etablert mellom partene og kutyme i en spesiell næring. Kutyme er i alminnelighet akseptert i internasjonale standardkontrakter som en relevant faktor i tolkningen av kontrakter.¹⁰³ Hvis partene kan vise at de har etablert en fast praksis mellom dem i et tilstrekkelig antall transaksjoner tidligere eller hvor kutyme er vanlig i stor utstrekning mellom personer som er engasjert i samme næring, er det rimelig å anta at parten, når de bruker et spesielt uttrykk i kontrakten som har en spesiell mening iht. kutyme, har intensjon om å bruke uttrykket med dens spesielle mening.¹⁰⁴ Kutyme er relevant for å vise at en betydning som er forskjellig fra en mer ordinær betydning skal bli tatt i bruk. Også partenes vaner kan bli påberopt for å vise at partene har hatt den samme forståelsen. Kutyme er mer relevant for å vise hvordan en fornuftig person i samme posisjon som partene, ville ha forstått uttrykket i dens spesielle mening.

¹⁰⁰ Ling s. 229.

¹⁰¹ Ling s. 229.

¹⁰² Ling s. 229.

¹⁰³ Ling s. 230.

¹⁰⁴ Ling s. 230.

3.1.4 God tro

Prinsippet om god tro er et av flere generelle prinsipp som styrer tolkningen av kontrakten. God tro krever at en kontrakt skal bli tolket slik at rettigheter og plikter i kontrakter vil være proporsjonal med hverandre, og partenes interesser er balansert i henhold til en alminnelig rimelighetsbetraktning.¹⁰⁵ Blant flere viktige reglene for tolkningen som er utledet fra prinsippet om god tro er følgende regler: Dersom det i forbindelse med tolkningen av en vederlagsfri kontrakt er tvil, skal den løsning som er i favør av parten som påtar seg forpliktelsen bli anvendt. Hvis tolkningen av en ikke vederlagsfri kontrakt er åpen, skal den som er rimelig for begge partene bli anvendt.

Den velkjente regelen om at en kontraktsbetingelse skal bli tolket i disfavør til den parten som har skrevet den er nå tatt inn i artikkel 41 i kontraktsloven.

Prinsippet om god tro har imidlertid et mye videre anvendelsesområde ved tolkningen av kontrakter. I mange saker har retten anvendt prinsippet om god tro for å fravike ordlyden for å nå et rimelig og rettferdig resultat. I *Zhang Aihua v. Qingdao Coast Real Estate Development Co*, en kontrakt for meglervirksomhet sa at meglerhonoraret skal bli betalt *”when the Taiyuan party (the buyer) has paid off the entire amount of the price of the houses.”* Retten sa at selv om prinsipalen ikke hadde fått tilbake den fulle prisen for salget av husene, var de ansvarlige til å betale megleren *”on the basis of the funds they had actually recovered”*.¹⁰⁶

3.2 Bristende forutsetninger

Et annet viktig område gjelder endring av innhold gjennom læren om bristende forutsetninger. Grunnen til at denne etablerte doktrinen ikke ble gitt i kontraktsloven var bekymringen for utøvelsen av urimelig skjønn av domstolene som i mange saker resulterte

¹⁰⁵ Lings.230.

¹⁰⁶ Ling s.231.

i misbruk, korrupsjon og ulovlig lokal proteksjonisme. Kontraktsloven inneholder derfor ikke en hovedregel om bristende forutsetninger, men det er lite trolig at domstolens praktisering av doktrinen vil forsvinne i praksis¹⁰⁷. Læren om bristende forutsetninger i et av lovutkastene til kontraktsloven sier¹⁰⁸:

”Where there occur enormous changes in objective circumstances such as the economic policy of the state or socio-economic conditions, thereby causing the performance of the contract to become meaningless or severely damaging to a party, and provided that the changes could not be foreseen at the time of the conclusion of the contract or overcome by the parties, that party may request renegotiation with the other party over the content of the contract and may, if the renegotiation is successful, apply to the people’s court or arbitration institution for modification or termination of the contract.”

Basert på denne bestemmelsen og i lys av relevant rettspraksis må følgende elementer være tilstede for at doktrinen bristende forutsetninger skal komme til anvendelse:

For det første; de bristende forutsetningene var uforutsett for den ufordelaktige part på tidspunktet ved inngåelsen av kontrakten. Jo lenger utførelsen av kontrakten strekker ut i tid, jo mindre kan fremtidige bristende forutsetninger sies å være forutberegnelig for partene på tidspunktet for kontraktsslutningen. Dette innebærer blant annet at det er mest passende at doktrinen kommer til anvendelse på kontrakter som innebærer kontinuerlige og periodiske ytelser eller utsatte ytelser.¹⁰⁹

Det materielle kriteriet er hvorvidt en fornuftig person i posisjonen til den ufordelaktige parten, ville tatt de aktuelle bristende forutsetningene i betraktning på tidspunktet for kontraktsslutningen. Forandring i statlige fastsatte priser er generelt mindre forutberegnelig, enn forandring i markedsprisen. Retten har i praksis skilt mellom saker

¹⁰⁷ Ling s. 291.

¹⁰⁸ Ling s. 294.

¹⁰⁹ Ling s. 295.

hvor bristende forutsetninger er forårsaket av forandringer i statlig- kontrollerte priser eller avgifter, og saker hvor de endrete forutsetningene er forårsaket av svingninger i det åpne marked. Doktrinen kommer til anvendelse i den første situasjonen, men ikke i den siste. Det ser imidlertid ut som om doktrinen ikke kommer til anvendelse hvis endringen i statlig politikk eller regulering har blitt offentliggjort på tidspunktet for inngåelsen av kontrakten eller hvis der har vært hyppige endringer i fortiden, slik at en fornuftig person vil ta muligheten for en slik endring med i beregningen.¹¹⁰

Det følger av kravet til forutberegnelighet at doktrinen for bristende forutsetninger ikke kommer til anvendelse hvis partene har sørget for å behandle konsekvensene av endringer i kontrakten. Dette er særlig tilfelle hvis den som rammes av endringen har akseptert at han skal yte under alle omstendigheter. Doktrinen kommer heller ikke til anvendelse hvis slike endringer må kunne forventes for denne type kontrakter eller for denne type transaksjoner, og en slik risiko nettopp må forventes å være akseptert av parten.¹¹¹ En spekulativ kontrakt (f. eks salg av fremtidskontrakt for levering av olje) er et slikt eksempel. Hvis en forpliktelse i en kontrakt kan bli utført på flere forskjellige måter og kontrakten overlater det til debitor til å bestemme på hvilken måte han vil oppfylle, vil debitor selv ha risikoen for hvordan han oppfyller.¹¹²

De bristende forutsetninger må oppstå etter at kontrakten er sluttet.¹¹³ Hvis de bristende forutsetninger allerede har oppstått når kontrakten inngås, kommer doktrinen ikke til anvendelse. Partene som inngår en kontrakt og som ikke er klar over grunnleggende oppståtte endringer kan i visse tilfelle søke å bli løst fra sin forpliktelse med utgangspunkt i artikkel 54(1)(1).

For det andre, bristende forutsetninger er uunngåelig og uovervinnelig for partene. At de bristende forutsetningene ikke kan bli unngått på forhånd, er gitt i bestemmelsene om bristende forutsetninger i den tidligere kontraktslovgivningen. Vesentlige endringer i

¹¹⁰ Ling s. 296.

¹¹¹ Ling s. 296.

¹¹² Ling s. 296.

¹¹³ Ling s. 296.

forutsetninger som er forårsaket av personer eller ting innenfor kontrollen til den part som rammes av endringene, av faller utenfor. Videre er det en grunnforutsetning at de bristende forutsetningene, med en gang de oppstår, er uovervinnelig. Med andre ord: endringen i seg selv kan ikke bli reversert, og heller ikke kan den ugunstige virkningen for den ene part bli nøytralisert av den annen parten.¹¹⁴

For det tredje; de bristende forutsetninger må være grunnleggende i sin natur og i sin følge. Dette er definert i to retninger. Endringene må først og fremst være knyttet til de grunnleggende forutsetninger i kontrakten. Dette betyr i praksis de grunnleggende forutsetninger som en fornuftig person, i samme posisjon som den ufordelaktige part, ville ha tatt med i betraktningen ved inngåelsen av kontrakten. Lovutkastet begrenser situasjoner som kan påberopes i situasjoner knyttet til ”*economic policy of the state or socio- economic conditions*”. Denne formuleringen dekker endringer i markedsbetingelser i stor skala, f. eks en internasjonal økonomisk krise eller en kollaps i et varehandelsmarked. Den ekskluderer og bristende forutsetninger som bare berører et begrenset antall personer, for eksempel konkurs til en underleverandør eller ødeleggelsen av kontraktsgjenstanden. Det ekskluderer bristende forutsetninger som er forårsaket av naturlige begivenheter, sånn som jordskjelv eller flom. De blir regulert av force majeure.

For å forhindre mulig misbruk av doktrinen, er det sannsynlig at SPC vil begrense doktrinen til situasjoner som involverer endringer i statlig økonomisk politikk og store økonomiske omlegginger. Det kinesiske fagmiljøet ser også ut til å ha dette synspunktet.¹¹⁵ En fundamental bristende forutsetninger må også ha en usedvanlig konsekvens. Den må forårsake at utførelsen av kontrakten blir eksepsjonelt bebyrdende, eller åpenbart urimelig for den ufordelaktige parten, og endrer den grunnleggende balansen i det kontraktsrettslige forholdet. I saker som involverer bristende forutsetninger kan utførelsen av kontrakten fremdeles være mulig, men kostnaden av utførelsen/ytelsen har økt dramatisk eller verdien av mot- ytelsen har sunket dramatisk.¹¹⁶ Hvor mye ulempe som er tilstrekkelig blir bestemt

¹¹⁴ Ling s. 297.

¹¹⁵ Ling s. 297.

¹¹⁶ Ling s. 298.

i den konkrete saken. UNIDROIT Prinsippene foreslår at en endring som beløper seg til 50 % eller mer av kostnaden eller verdien av ytelsen kan være tilstrekkelig. Dette synspunktet ser ut til å være forenlig med den gjeldende kinesiske praksis.

For det fjerde, må ulempen som er knyttet til de bristende forutsetninger ikke være forårsaket av den ufordelaktige part. Dette vilkåret er spesifisert i tidligere kontraktslovgivning og av SPC¹¹⁷. Det ville stride mot prinsippet om god tro hvis en part skulle hatt adgang til å overføre til den andre parten tap som han selv er skyld i. Retten har ofte avslått å anvende doktrinen på grunnlag av at den ufordelaktige parten har blitt påført en vesentlig ulempe ved egen uaktsomhet.¹¹⁸ I de sakene, selv om bristende forutsetninger er antatt å være utenfor dens kontroll, kunne den ufordelaktige parten likevel forhindret ulempen ved å disponere annerledes. Særlig har den ufordelaktige part ikke adgang til å påberope doktrinen hvis bristende forutsetninger oppstår etter at de har mislykkes i å utføre kontraktsytelsen.

¹¹⁷ Lings. 293.

¹¹⁸ Ling s. 298.

4 HÅNDHEVING I KINESISKE DOMSTOLER

4.1 Om tvisteløsning.

Økonomisk utvikling er støttet av forutberegnelighet på visse områder, herunder fullbyrdelse av kontraktsrettigheter. Med kontraktsloven prøver staten å få kinesisk forretningspraksis i en form for samsvar med generell vestlig praksis. Grunnprinsippet som skal få kontraktsloven til å virke er innføringen av prinsippet *rule of law*, altså etableringen av rettsikkerhet og en rettsstat etter mer vestlig modell. Den generelle vestlige tolkningen av *rule of law* er at det er et vedtatt og akseptert sett med retningslinjer og lovbestemte eller kutyme-baserte prinsipper som vil diktere sosial og forretningsmessig oppførsel. Kinas tiltredelse i WTO representerer en formidabel utfordring til Kinas lederskap m.h.t. landets *rule of law* utvikling.

Rule of law krever at domstolene er uavhengig, kompetent og innehar tilstrekkelig makt til å løse tvister rettferdig og upartisk. Domstolene i Kina kommer til kort i alle disse tre aspektene.¹¹⁹

Domstolene i Kina er den dømmende makt i et nasjonalt enhetssystem, som fungerer parallelt med anklagemyndigheten og regjeringen, alle underlagt folkekongresssystemet. Der er fire nivåer på domstolene i Kina. Den kinesiske høyesterett i Beijing (Supreme People's Court, SPC), 31 domstoler på provinsnivå (Higher People's Courts, HPC), 391

¹¹⁹ Peerenboom, s 280.

domstoler på storbynivå (Intermediate People`s Courts, IPC), og mer enn 3000 domstoler (underretter) på fylkesnivå (Basic People`s Courts). Underrettene har mer enn 30 000 lokale avdelinger (people`s tribunals) i mindre byer og distrikter.¹²⁰ En rettskraftig dom fra de lokale avdelingene har samme virkning som fra BPC.

Prosessloven har bestemmelser om jurisdiksjon som normalt er BPC, med mindre retten fastsetter at det er en betydningsfull sak som involverer en utenlandsk part. Da vil retten i første instans være IPC.¹²¹ Loven har videre bestemmelser for parter uten bopel i Kina, og for sikring av eiendom og verdier før saksanlegg.¹²² Derfor, forutsatt at jurisdiksjon er oppnådd, kan en utenlandsk part som er bosatt i Kina eller har fast bopel utenfor Kina, oppleve at dens interesser blir avgjort av en kinesisk domstol.¹²³

4.2 "Rule of Law" – rettsikkerhet/rettstatsprinsippet i kinesisk rett.

Generell regulering og betryggende institusjonell kontroll med etterlevelse av reglene vil kunne sikre forutberegnelighet og likhet for loven, som er essensen i rettsikkerhet. *Rule of law* er således i sin kjerne et rettsikkerhetsmessig vern mot vilkårlighet og maktmisbruk i forholdet mellom staten og borgerne. Prinsippet hviler på en oppfattelse av at makt og lov er to motstridende krefter, og en erkjennelse av behovet for å temme makten ved hjelp av loven.¹²⁴ Rettsstatsprinsippet er ikke i seg selv en rettsregel, men et overordnet rettspolitisk prinsipp eller verdisett. Rettsstatsprinsippet henger sammen med en rekke forfatningsprinsipper sånn som legalitet, demokrati, maktfordeling, likhet for loven,

¹²⁰ Liisberg s. 46.

¹²¹ Prosessloven art. 19. HPC kan få jurisdiksjon over "*civil cases with significant impact*" i områder innenfor dens jurisdiksjon, art. 20. Loven regulerer bopels- og andre jurisdiksjons anliggender.

¹²² Id., artikkelene 247- 256.

¹²³ Brown s. 86-87.

¹²⁴ Liisberg s. 6. *Rule of law* er vanskelig å direkte oversette til norsk. På norsk gjengir man i dag normalt *rule of law* med rettsstatsprinsippet.

offentlighet og domstolenes uavhengighet. Disse standardene er i et visst omfang åpen for tolkning med underliggende begreper uten faste definisjoner, og prinsipper.¹²⁵

På enkelsk skilles det mellom *rule of law* og *rule by law*. I et samfunn som baseres på *rule of law* er statsmakten selv underlagt loven. Hvor lovene i et samfunn baseres på *rule by law* oppfattes loven som et styringsredskap, hvis tilblivelse, kvalitet, anvendelse og prøvelse ikke er underlagt samme krav eller idealer som under *rule of law*.

I mars 1999 gjorde Kina en grunnlovsendring, og tilførte bestemmelsen om at Folkerepublikken skal gjennomføre prinsippet om å styre landet i overensstemmelse med loven og skape en sosialistisk rettsstat. Dermed ble prinsippet om *rule of law* for første gang i Kinas historie løftet opp som et forfatningssikret prinsipp for samfunnets innretning. Hva prinsippet i grunnloven betyr er imidlertid ikke klart. Det har blitt argumentert at det bare er en annen måte å uttale *rule by law*, dvs. styring gjennom kommunistpartiet (CCP) gjennom dens lovgivende makt. Det nåværende kommunistpartiet i Kina er grunnlaget for makt og innflytelse, så vel som grunnlaget for lover. Slik har lover derfor blitt et redskap for kommunistpartiet. Forutberegnelighet i rettsprosesser og tvangsfullbyrdelse av dommer er svært begrenset for utenlandske interesser. Mange utfordringer i Kinas rettssystem ble identifisert ved dens tiltredelse i WTO, og adressert som et *rule of law*- problem av visepresidenten i SPC. I hans omfattende gjennomgang av endringer som trenger å bli gjennomført som følger av *rule of law* kravet til WTO, er det interessant å merke seg at ved ingen anledning foreslo han at kommunistpartiet skulle bli kontrollert i utøvelsen av dens makt.¹²⁶ Mange hevder at den største utfordringen med *rule of law* i Kina vil være forholdet mellom kommunistpartiet og dets tjenestemenn og loven. For å kunne gjennomføre denne overgangen vil kommunistpartiet være tvunget til å gi opp noe av sin makt.¹²⁷ En effektiv gjennomføring av hva *rule of law* vil innebære i en sosialistisk stat, vil i stor grad bero på nytenkning hva gjelder ideologi, lov, juridiske institusjoner, og mental

¹²⁵ Liisberg s. 7.

¹²⁶ Sheehy (2006)

¹²⁷ Sheehy (2006)

innstilling.¹²⁸ Noe av dette har startet. F.eks. ga forandringer i advokatloven advokater tillatelse til å handle på vegne av interessene til deres klienter, heller enn i statens interesse. Domstolenes uavhengighet har økt ved at den politiske innflytelsen i individuelle avgjørelser har minsket.

4.3 Særlige svakheter i dommerstanden.

Kompetansenivået til den kinesiske dommerstanden er lav og representerer et stort problem. Parter kan bli motarbeidet i sitt forsøk på å oppnå et rettferdig utfall hvis dommerne som behandler saken, ikke kjenner til loven. Kina har for tiden rundt 210 000 dommere og 100 000 domstolspersonell. Rundt 3000 dommere har master eller doktorgrad, som utgjør rundt 1.5 prosent av alle dommerne. Problemet med ukvalifiserte dommere er størst i de lavere domstolene.¹²⁹ Før dommerloven trådte i kraft i 1995 var det ingen krav til å være dommer.

Det samlede nivået på domstolenes kompetanse har resultert i mange uriktige avsagte dommer. I 1999 kontrollerte og evaluerte BPC 96739 saker og korrigerte dommen i 21 862 saker. Det alarmerende høye nivået av feilaktige avsagte dommer har skapt intens kritikk og truer med å undergrave legitimiteten til rettsystemet. Etter tjue år med rettsreformer er det betydelig mer komplisert juss for dommerne å mestre. Dommerne må og hanskes med den økende andelen av svært dyktige advokater som kommer med komplekse rettslige argumenter. Som svar har staten vedtatt lover og en rekke reguleringer for å forbedre kvaliteten på dommerstanden, bla. gjennom å kreve høyere utdanning for dommere.¹³⁰

Til tross for nye tiltak er det trolig at kinesiske domstoler vil lide under dårlig utdannede dommere i minst en generasjon til. Mange dommere vil fortsette å behandle saker på den gamle måten ved å stole på egen erfaring og magefølelse. De vil fortsette med å vise en byråkratisk holdning og behandle yngre dommere og advokater med nesten forrækt. Mens

¹²⁸ Liisberg s. 8

¹²⁹ Hung (2004)

¹³⁰ Peerenboom s. 290 – 291.

den langsiktige trenden går mot en mer kompetent domstol, vil det ta år for å reise det samlede kompetente nivået, og flere reformer vil være nødvendig.¹³¹

4.4 Korrupsjon

Korrupsjon i domstolene er et problem som til og med kinesiske myndigheter offentlig innrømmer. Kinesiske ledere som normalt er unnvikende om misforhold i statsstyret, erkjenner at korrupsjon i dommerstanden er et alvorlig problem. Omfanget av korrupsjon er imidlertid lite kjent og pålitelig statistikk er ikke tilgjengelig av åpenbare grunner.

Det kryr av ulike historier hvor parter som har uavgjorte saker har vært kjent for å bestikke, gi gaver og ha kontakt med dommere utenfor rettssalen i sosiale settinger.

Korrupsjon i domstolene er ansett som mer alvorlig i Beijing og Guangdong, enn for eksempel Shanghai.¹³²

Myndighetene har satt i gang en rekke tiltak i håp om å få bukt på problemet.

Dommerloven (1995) og andre reguleringer er nylige tiltak for å fastsette klare etiske grenser for dommere og domstolspersonell. Representanter fra domstolsadministrasjonen har også intensivert innsatsen med å slå ned på korrupsjon i domstolene. I følge SPC ble 995 dommere og domstolspersonell etterforsket og straffet for korrupsjon i 2001. De som er straffet representerer mest sannsynlig bare et lite mindretall av korrupte dommere og domstolspersonell.¹³³

4.5 Domstolenes uavhengighet

Et annet grunnleggende problem fra et forutberegnelighetsperspektiv er mangelen på domstolenes uavhengighet. Uavhengige domstoler er en forutsetning for *rule of law*.

¹³¹ Peerenboom s 182.

¹³² Peerenboom s. 295. Kinas advokater og det juridiske fagmiljøet har kommet med forskjellige forklaringer på det. Noen bemerker at dommerne i Shanghai har høyere lønn enn de fleste andre dommere. Lønnen er tilstrekkelig til å leve behagelig. Likeså tjener advokater i Shanghai mindre enn i Beijing, slik at der er ingen likevekt i lønnen til dommere og advokater. Andre foreslår at Shanghai er bedre administrert som et hele, med mer fokus på effektivitet og plettfri styre. Derimot er miljøet i Beijing og Guandong mer korrupt og byråkratisk.

¹³³ Peerenboom s. 295

Formålet med uavhengighet er å sikre likhet for loven, nøytralitet, forutberegnelighet og rettsanvendelse som ikke er influert av andre hensyn og interesser enn de som fremgår av rettskildene.¹³⁴ Uavhengighet er særlig avgjørende for domstolenes rolle som kontrollinstans overfor offentlige myndigheter. Uten uavhengighet mister domstolene sin berettigelse som selvstendig institusjon, og tvisteløsning og rettsanvendelse kan like gjerne overlates til den utøvende makt. Kravet om uavhengighet er beslektet med kravet om upartiskhet, hvor dommerne er inhabil hvis de har en personlig interesse eller tilknytning til en konkret sak eller dens parter.¹³⁵

Den kinesiske Grunnloven anerkjenner i en viss utstrekning kravet om uavhengige domstoler. Art. 126 sier: ” *The people`s courts exercise judicial power independently, in accordance with the provisions of the law, and are not subject to interference by an administrative organ, public organization or individual.*”

Men problemet finnes i artikkel 128 som gjør SPC ansvarlig overfor NPC og NPCSC og de lokale BPC ansvarlig overfor de statlige organene som opprettet dem. Maktfordeling er ikke et begrep som er anerkjent i Grunnloven. Dommerne er ikke bare valgt av folkekongressen, de er også lønnet av dem. Dommerne i Kina er kjent for deres mangel på uavhengighet gjennom for eksempel partiets innflytelse, lokal proteksjonisme og sosialt press.

4.5.1 Partiets innflytelse

Selv om kommunistpartiet ikke lenger krever at hver sak skal bli godkjent av partiet og har lovet og ikke blande seg inn i bestemte saker, blir i praksis partiorganer og partimedlemmer involvert i bestemte saker.

Omfanget av direkte inngripen fra kommunistpartiet bør imidlertid ikke overvurderes. Kommunistpartiet griper sjeldent inn i behandlingen av bestemte saker, og når de gjør det, spesielt i kommersielle saker, er det for å sikre at resultatet er i samsvar med loven, jfr.

¹³⁴ Liisberg s. 46

¹³⁵ Liisberg s. 47

også offentlige interesser ("*public interests*"). Inngripen fra lokale embetsmenn er mye mer alminnelig enn partiets innblanding.

Det er sant at embetsmenn stort sett bærer to hatter. Således er det ikke alltid mulig å skille mellom partiets og lokale myndigheters inngripen. I noen saker, særlig saker som innebærer lokal proteksjonisme,¹³⁶ kan partimedlemmer dele samme interesse som lokale embetsmenn med å sikre økonomisk vekst i regionen.

Direkte inngripen fra kommunistpartiet betyr nødvendigvis ikke at rettferdighet er ofret. I noen tilfeller kan kommunistpartiet sikre at saken er behandlet rettferdig etter loven. En undersøkelse av 89 voldgiftsdommere i Kina viste at mens innblanding fra lokale embetsmenn var vanlig, var kommunistpartiet innblanding sjelden og oppstod vanligvis hvor der var en personlig forbindelse med et partimedlem og saksøkte.¹³⁷ I denne undersøkelsen følte de fleste advokater at kommunistpartiet i gjennomsnitt spilte en positiv rolle. Forklaringen på dette er enkel: Regjeringen har investert betydningsfulle ressurser i å tiltrekke seg utenlandske interesser, og vil ikke at Kinas rykte skal bli svertet av negativ publisitet.¹³⁸

4.5.2 Lokal proteksjonisme

Et alvorlig problem i Kinas domstoler er lokal proteksjonisme

En av hovedgrunnene til lokal proteksjonisme er at siden 1985 har sentrale myndigheter gitt mer makt og selvstyre til lokale myndigheter. P.g.a. denne desentraliseringen har ikke sentrale myndigheter kontroll over skatteplanleggingen i provinsene. Inntektene til lokale myndigheter kommer hovedsakelig fra beskatning, avgifter og gebyrer inndrevet fra lokale forretningsaktiviteter. Som en konsekvens, for å utvikle den lokale økonomien, er beskyttelse av lokale interesser og finansieringskilder førsteprioritet for lokale myndigheter og dets organer. Hvis en lokal domstol tvangsfullbyrder en dom som går imot en lokal

¹³⁶ Se punkt 4.5.2. i avhandlingen.

¹³⁷ Peerenboom s. 307

¹³⁸ Peerenboom s. 308

forretning, i favør til en ikke- lokal part, vil naturligvis den lokale økonomien ta skade. Dette fører ofte til sosiale og økonomiske byrder som lokal myndigheter må bære.¹³⁹ Også andre faktorer som måten domstolene er finansiert på og hvordan dommere oppnevnes bidrar til lokal proteksjonisme. Domstolene er i takknemlighetsgjeld til den lokale folkekongressen for finansiering, lønn og sysselsetting. Lokale embetsmenn er i stand til å presse dommere til å dømme i favør til lokale saker fordi den lokale folkekongressen oppnevner og fjerner dommere.¹⁴⁰

4.5.3 Sosialt press.

Det er lite sannsynlig at *guanxi* stopper ved dørterskelen til domstolen. Det er forventet at en dommer gir en dom i favør av et familiemedlem, venn eller slektning. Selv om forandringer i loven nå hindrer dommere i å behandle saker som involverer familievenner, medarbeidere eller venner, er det normalt at en dommer nevner til en dommerkollega at en av partene er av spesiell betydning i den saken dommerkollegaen skal avgjøre. Naturligvis kan tjenesten bli forventet å bli tilbakelevert.¹⁴¹

Sosialt press fra slektninger, venner og bekjente er en betydelig kilde til innblanding utenfra. I et samfunn som setter stor pris på *guanxi* og *renqing* (menneskelige følelser eller empati), finner ofte dommere seg beleiret av mellommenn som søker å gripe inn på vegne av parter i en kommersielle tvister. Dommere som nekter i det minste å høre på bønnfallelsene til vennene og familiene deres, vil bli ansett å mangle menneskelige følelser og risikerer å bli sosialt utstøtt.¹⁴²

Dommere må være i stand til å motstå sosialt press for å gi en rettferdig rettssak i henhold til loven. Kinas befolkning må lære å akseptere og kanskje en dag sette pris på at der er grenser for empati og personlige forbindelser.

¹³⁹ Håkansson s. 198.

¹⁴⁰ Peerenboom s. 311.

¹⁴¹ Sheehy (2006)

¹⁴² Peerenboom s. 315.

4.6 Tvangsfullbyrdelse og relaterte problemer

Mulighetene for å få en dom tvangsfullbyrdet i Kina er en kilde til bekymring for utenlandske interesser. Utenlandske investorer og vestlig media skildrer tvangsfullbyrdelse som umulig. Noen undersøkelser viser imidlertid at domstoler tvangsfullbyrder både dommer og voldgiftsdommer. Noen undersøkelser viser at saksøkere som henvendte seg til domstolene for tvangsfullbyrdelse av en voldgiftsdom var i stand til å få tilbake halvparten av beløpet i 40 prosent av sakene,¹⁴³ mens andre undersøkelser viser bare 20 prosent i sakene¹⁴⁴. Likevel kommer Kina unektelig til kort for enhver rimelig standard. Betydelige problemer med lokal proteksjonisme, domstolenes uavhengighet og korrupsjon stenger for en vellykket tvangsfullbyrdesprosess i Kina.

5 BRUK AV VOLDGIFT VED KONTRAKTSBRUDD

5.1 Om voldgift

Mangel på forutberegnelighet i domstolene er en av grunnene til at parter stoler så sterkt på voldgift for å avgjøre tvister. Voldgiftsinstituttet er betinget av en effektiv og pålitelig tvangsfullbyrdes mekanisme. I Kina, som andre steder, ligger oppgaven utenfor ansvarsområdet til voldgiftsdomstolen. Dersom en av partene i saken ikke respekterer voldgiftsavgjørelsen vil den andre parten ikke ha noe alternativ enn å søke anerkjennelse og tvangsfullbyrdelse via en kompetent domstol.

Kinas voldgiftslov,¹⁴⁵ regulerer Kinas voldgiftspraksis.

¹⁴³ Peerenboom s. 464

¹⁴⁴ Chow s. 223.

¹⁴⁵ Arbitration Law of the People's Republic of China. Adopted at the 8th Session of the Standing Committee of the 8th National People's Congress and promulgated on August 31, 1994.

En voldgiftsavtale faller inn under nasjonale lover som regulerer former og gyldighet, og disse kan variere mellom ulike land. En voldgiftsavtale som er blitt endelig under kinesisk lov må være skriftlig og tilfredsstillende de rettslige kravene gitt i artikkel 16.¹⁴⁶

Voldgiftsavtalen er grunnlaget for utøvelse av voldgiftsrettens jurisdiksjon i en bestemt tvist under voldgiftsloven. Der er mer enn 140 lokale voldgiftskommisjoner og to utenlandsk relaterte voldgiftskommisjoner¹⁴⁷ i Kina. En gyldig voldgiftsavtale som fastsetter jurisdiksjon hos en bestemt voldgiftskommisjon, ekskluderer andre voldgiftskommisjoner. Likeledes ekskluderer en gyldig voldgiftsdom jurisdiksjonen til en domstol i en bestemt sak. Et av de viktigste formålene til en voldgiftsavtale er å peke ut egnet voldgiftskommisjon til å høre saken. Dette er et rettslig krav gitt i voldgiftsloven artikkel 16. En voldgiftsavtale vil bli ansett som ugyldig i Kina hvis den ikke spesifiserer hvilken voldgiftskommisjon som skal behandle tvisten.

Domstolene er avskåret fra å behandle tvister hvis partene har inngått gyldig voldgiftsavtale (artikkel 5).¹⁴⁸

Voldgiftskommisjonene er satt opp av statlige organer med krav om kvalifikasjoner for voldgiftsdommere. Der er ingen krav om at en voldgiftsdommer må være advokat. For å sikre upartiskheten til voldgiftsmenn gir voldgiftsloven et system hvor den kan prøves. Saksanlegget er kontradiktorisk, hvor partene kan bli representert av advokat. En gyldig voldgiftsavtale er nødvendig betingelse for jurisdiksjon i voldgiftskommisjonen og dom. Så snart dommen er avsagt er den endelig, og kan bli tvangsfullbyrdet av domstolene hvis nødvendig.¹⁴⁹ Det er muligheter for å sette til side eller nekte å fullbyrde en dom under

¹⁴⁶ Mo s. 81.

¹⁴⁷ CIETAC og CMAC

¹⁴⁸ Mo s. 82.

¹⁴⁹ Chow s. 76.

visse vilkår; f.eks hvor voldgiftskommisjonen har overtrådt rammene for angjeldende myndighet, eller hvor der har vært korrupsjon i prosessen.¹⁵⁰

Voldgiftsloven gir også muligheter for voldgift i saker som inneholder utenlandske elementer (foreign elements). Valg av forum for internasjonale forretningstvister for utenlandske parter er China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC) og China Maritime Arbitration Commission (CMAC). Begge er hovedsakelig styrt av like regler og har lik praksis. Selv om der er noe overlapp mellom jurisdiksjonen til CIETAC og nasjonale voldgiftskommisjoner for internasjonale tvister, gir CIETAC reglene jurisdiksjon i alle typer saker som involverer internasjonale økonomiske forhold og handel, og er bredere enn jurisdiksjonen gitt i voldgiftsloven. I oktober 2000 utvidet CIETAC jurisdiksjonen til også å gjelde nasjonale dommer¹⁵¹ Fra en utenlandsk parts perspektiv er en av de viktigste fordelene ved CIETAC reglene at utenlandske voldgiftsdommere kan bli inkludert i voldgiftspanelet. En utenlandsk part har myndighet til å nominere en utenlandsk voldgiftsdommer og kan dermed sikre at minst en av tre voldgiftsdommere er fra utlandet. Voldgiftsdommerne i CIETAC er også ofte bedre kvalifisert til å behandle de økende komplekse og materielle kravene som kommer opp i voldgiftsretten.¹⁵² Det som kjennetegner CIETAC prosedyrene og som appellerer til utenlandske parter, er at voldgift kan bli utført på det språket som partene har avtalt.¹⁵³ Utenlandske parter har også tillatelse til å representere partene foran et CIETAC panel. CIETAC dommer er endelige og kan tvangsfullbyrdes i Kina. I 1987 ble Kina medlem av 1958 New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York Konvensjonen). Over 100 land deriblant Norge har signert konvensjonen.

¹⁵⁰ Det fremgår av art. 217 i prosessloven som for øvrig bare gjelder nasjonale voldgiftsdommer. Så vidt jeg kan se regulerer ikke voldgiftsloven art. 260, som regulerer utenlandsk relaterte voldgiftsdommer, forhold der voldgiftsdommerne er korrupte.

¹⁵¹ Chow s. 307.

¹⁵² Ofte er det jus professorer og personer fra det juridiske fagmiljøet som sitter i voldgiftsretten. De har ofte bedre kjennskap til, og er mer tilbøyelig til å ha respekt for lovreglene (jfr. problemstillingene i kap. 4) . Dette er med på å gi sterkere forutberegnelighet ifht.søksmål.

¹⁵³ Søksmål i kinesiske domstoler foregår på kinesisk.

Utenlandske parter har ofte følt seg forpliktet til å avtale voldgift under CIETAC sine regler. De har ikke alltid vært fornøyd med at CIETAC`s regler og prosedyrer i forhold til internasjonal standard mht. rimelighet og gjennomsiktighet. I et forsøk på å få disse reglene og prosedyrene på linje med internasjonal praksis har CIETAC nylig (2005) introdusert et nytt sett med reviderte regler for utenlandsk relatert voldgift. Disse reglene gir økt selvstyre til partene og voldgiftsretten på områder som før var innenfor CIETAC sine grenser. En av de mest bemerkelsesverdige reformene er at partene nå kan velge et sete utenfor Kina, uten hensyn til hvor høringen er holdt. Dette betyr at voldgiftsloven til et annet land kan komme til anvendelse. Dette representerer et modig forsøk på å utvide utstrekningen til CIETAC reglene, slik at de kan komme til anvendelse nesten hvor som helst i verden. Dette er på linje med andre internasjonale voldgiftsinstitutter.

Flere reformer er imidlertid nødvendige for å bringe CIETAC`s voldgiftsregler og praksis fullt ut på linje med internasjonale normer.

Anbefalingen om å velge voldgift i et nøytralt verneting fortsetter å være like velbegrunnet som før.

Voldgiftskommisjonene, voldgiftsdommere og voldgiftsprosesser er gjenstand for domstolenes overoppsyn i Kina. Domstolene har tilsyn med utførelsen av voldgiftskommisjonen og voldgiftsdommere, og skal sikre rimelighet og lovlighet av voldgiftsprosedyrer. Dette utøves på tre plan: å fastsette gyldigheten av en voldgiftsavtale, å sette til side en voldgiftsdom og å nekte å tvangsfullbyrde en voldgiftsdom. Disse tre myndighetene er hovedsakelig basert på voldgiftsloven.¹⁵⁴

I det følgende vil det fokuseres på domstolenes muligheter til å nekte å tvangsfullbyrde en voldgiftsdom, og hvorvidt disse mulighetene svekker forutberegneligheten i en voldgiftsavtale.

¹⁵⁴ Mo s. 401.

Typen av tvangsfullbyrdelse avhenger av dommen: nasjonal, internasjonal eller utenlands-relatert. Dette er et viktig skille siden kinesisk rett behandler tvangsfullbyrdelse av voldgiftsdommer forskjellig. Foruten forskjellene i loven, utøver BPC og IPC større kontroll og overoppsyn av voldgiftsdommer i en nasjonal tvist, enn den gjør i en utenlandsk relatert tvist. Med andre ord: Det er lettere å sette til side eller nekte å fullbyrdelse av en nasjonal voldgiftsdom enn en utenlandsk relatert eller internasjonal.¹⁵⁵

Jeg vil i det følgende bare behandle utenlands- relatert og internasjonal voldgift.

5.1.1 Definisjon av begrepene nasjonal og internasjonal

For å gi en universell definisjon av begrepet ”internasjonal” fastsetter UNICTRAL Model Law¹⁵⁶ at voldgift skal bli ansett som internasjonal hvis den tilfredsstiller følgende krav:

- (1) Partene har forretningssted i forskjellige stater,
- (2) stedet for voldgift og forretningsstedet til partene er i forskjellige stater,
- (3) stedet hvor vesentlige deler av forpliktelsene i det kommersielle forholdet skal bli oppfylt er lokalisert i en annen stat enn hvor partene har forretningsstedet sitt,
- (4) stedet med hvor objektet for tvisten har den nærmeste tilknytning er lokalisert i en annen stat enn hvor partene har deres forretningssted, eller
- (5) partene har uttrykkelig avtalt at objektet for voldgiftsavtalen kan relateres til mer enn ett land.¹⁵⁷

Definisjonen ovenfor av begrepet ”internasjonal” er inkorporert i voldgiftsloven. Loven har likevel ikke en lovbestemt definisjon eller forklaring på et slikt begrep. Faktisk er det sjeldent at begrepet internasjonal blir brukt. I stedet er det forvirrende uttrykket utenlandsk relatert (foreign related) brukt i dens sted.¹⁵⁸ Artikkel 304 i SPC`s tolkningsuttalelse

¹⁵⁵ Mo s. 59

¹⁵⁶ United Nations Commission on International Trade Law.

¹⁵⁷ Tao s. 22

¹⁵⁸ Se f.eks. kap. 8 i GPCL , del 4 i CPL og art. 126 i kontraktsloven og kap. 7 i voldgiftsloven.

vedrørende prosesslovens anvendelsesområde, Civil Procedure Law Opinions (Opinions 1992) sier at begrepet utenlandsk relatert henviser til en av følgende omstendigheter:

- hvor en eller begge parter er av utenlandsk nasjonalitet eller statsløs, eller hvor selskapet eller organisasjonen er lokalisert i utlandet,
- hvor det rettslige grunnlaget som etablerer, forandrer eller avslutter det privatrettslige forholdet mellom partene oppstår i et annet land, eller
- hvor innholdet i tvisten er lokalisert i utlandet.

På grunnlag av Opinions 1992 er voldgift i Kina ansett som utenlandsk relatert hvis en eller flere av disse vilkårene er oppfylt. I realiteten er det imidlertid forvirring rundt dette begrepet, som flere avgjørelser gitt av People`s Court viser.¹⁵⁹

5.2 Tvangsfullbyrdelse av voldgiftsdommer i Kina.

Hvis en voldgiftsavgjørelse ikke kan bli fullbyrdet vil hele formålet med voldgift delvis falle bort. Tvangsfullbyrdelse i Kina har i stor grad blitt kritisert. Det rettslige standpunktet er imidlertid klart: voldgiftsloven, prosessloven og New York Konvensjonen krever at BPC tvangsfullbyrder voldgiftsdommer som er avsagt på riktig måte.¹⁶⁰

Artikkel 62 i voldgiftsloven fastsetter de grunnleggende prinsippene for (både nasjonal) og utenlandsk relatert voldgift.¹⁶¹ Den sier:

”The parties shall perform the arbitration award. If a party fails to perform the arbitration award, the other party may apply to the People`s Court for enforcement in accordance with

¹⁵⁹ Tao s. 22.

¹⁶⁰ Håkansson s. 178. Tvangsfullbyrdelse av en *Ad Hoc* voldgiftsavtale som er inngått utenfor Kina faller inn under Ny York Konvensjonen og kan således tvangsfullbyrdes i Kina..Ad Hoc voldgift har imidlertid ingen offisiell status i Kina. Mo s. 56.

¹⁶¹ Tao s.131.

the relevant provisions of the Civil Procedure Law. The People's Court that accepts such an application shall enforce the award."

Videre sier artikkel 259 og artikkel 269 i prosessloven at ved internasjonale dommer eller utenlands- relaterte dommer, skal anvendelsen bli forelagt IPC. Bestemmelsene reflekterer lovgivning og gjeldende praksis i de fleste andre land. For det første er partene generelt forpliktet til å utføre den bindende voldgiftsdommen. For det andre har partene rett til å søke tvangsfullbyrdelse hos IPC hvis en part ikke retter seg etter dommen. Retten tvangsfullbyrder voldgiftsdommene på grunnlag av henvendelser fremlagt av partene og ikke *ex officio*. Endelig må partene henvende seg til den kompetente domstol for tvangsfullbyrdelse som er den IPC innenfor rettskretsen til den parten henvendelsen er rettet mot. Prosedyrene tilsvarer den som anvendes på tvangsfullbyrdelse av sivile dommer.

Domstolen har imidlertid mulighet til sette til side voldgiftsavgjørelser gjennom vilkåret *public interests* i artikkel 260 i prosessloven, og *ordre public regelen* i New York Konvensjonen. Hva som ligger i sosiale og offentlige interesser er imidlertid uklart. Dette er en farlig bestemmelse i Kina, som gir domstolene muligheter for å misbruke skjønnets sitt og gripe inn i voldgiftsavgjørelser. Denne problemstillingen vil bli drøftet nærmere i punkt 5.2.1.1.

Det er større sannsynlighet for å få fullbyrdet en voldgiftsdom i de store handels sentrene som Shanghai, Beijing og Guangzhou, og mindre sannsynlig i små byer og kommuner. Store regionale forskjeller, svake domstoler og lokal proteksjonisme er ansett å være betydningsfulle faktorer for dette.¹⁶²

5.2.1 Særlig om tvangsfullbyrdelse av internasjonale voldgiftsdommer etter NewYork konvensjonen.

¹⁶² Tao s. 170.

En voldgiftsdom som er avsagt i en utenlandsk jurisdiksjon kan bli anerkjent og følgelig tvangsfullbyrdet i Kina, gitt at dens rettslige effekt har blitt anerkjent av BPC. I samsvar med prosesslovens artikkel 269 er IPC pålagt å behandle henvendelser for anerkjennelsen og tvangsfullbyrdelsen av internasjonale voldgiftsavgjørrelser, enten i henhold til bestemmelsene gitt i internasjonale avtaler eller traktater som Kina har tiltrådt, eller alternativt, på grunnlag av prinsippet om gjensidighet. New York Konvensjonen er den fremste konvensjonen som Kina har tiltrådt når det gjelder anerkjennelse og tvangsfullbyrdelse av internasjonale voldgifts dommer.

Tvangsfullbyrdelse av internasjonale voldgiftsavgjørrelser i Kina har vist seg å være problematisk. Tidligere har utenlandske bedrifter møtt vanskeligheter med å overbevise BPC om å anerkjenne og tvangsfullbyrde utenlandske avsagte voldgiftsdommer mot kinesiske saksøkte. Det er generell enighet om at kravet til jurisdiksjon ofte resulterer i at den kinesiske parten (den innstevnede part) får fordelene av lokal proteksjonisme. Spesielt er der særlig bekymring for at lokale IPC tar i betraktning den uheldige virkningen en tvangsfullbyrdelse kan få for den lokale økonomien.

.

Tvangsfullbyrdelse av internasjonale voldgifts dommer faller innenfor artikkel V i New York Konvensjonen, som uttømmende lister opp grunnlagene for å avslå anerkjennelse og tvangsfullbyrdelse. Et av de grunnlagene er hvis tvangsfullbyrdelse strider mot offentlige interesser (*ordre public*), noe som bekymrer mange kommentatorer fordi den potensielle tolkningen og anvendelsen av dette begrepet.. New York konvensjonen kommer ikke til anvendelse i Kina på dommer som er avsagt innenfor landets territorium.

Grunnlaget for å avslå tvangsfullbyrdelse av en utenlandsk relatert dom under prosesslovens artikkel 260 gjenspeiler imidlertid grunnlagene for å avslå anerkjennelse og tvangsfullbyrdelse av en internasjonal voldgiftsavgjørrelse som er gitt i New York Konvensjonen.¹⁶³ En gjennomgang av vilkåret *public policy* i prosessloven 260 og *ordre public* doktrinen i Kinas internasjonale privatrett er således nødvendig.

¹⁶³ Tao s. 162.

5.2.1.1 Særlig om "economic and public interests"¹⁶⁴ - Ordre public doktrinen i Kinas internasjonale privatrett.

Ordre public er regelen om at enhver lovvalgsregel må forstås med den reservasjon at hvis anvendelsen av den fremmede rett ville stride for sterkt mot den nasjonale rettsfølelse, må den vike. Dette er en uunværlig sikkerhetsventil, og alle land har denne regelen.¹⁶⁵

Ordre public er et unntak fra hovedregelen om at voldgiftsavgjørrelser ikke kan etterprøves, og gir dermed domstolene mulighet til å blande seg inn i voldgiftsavgjørrelser.

Internasjonal privatrett er ikke særlig velutviklet i Kina¹⁶⁶, og det har vært et stort problem med å identifisere *kinesisk internasjonal privatrett*.

Samlet er *ordre public* doktrinen blitt anvendt i mange viktige sammenhenger i den kinesiske lovgivningen inkludert materiell rett, prosessrett og konfliktlover. Til tross for dette fremstår ordre public som noe uklar. Dens formulering er verken presis eller forenende. Dessuten er der flere problemer i lovgivningen som angår doktrinen. Doktrinen kommer bl.a. til uttrykk i artiklene 260, 262. og 268.¹⁶⁷ *Ordre public* kommer ikke eksplisitt til uttrykk i noen av bestemmelsene. Men ord som "*economic interests*", "*social ethics*" eller "*public interests*" opptre i dens sted. Dette representerer bare et skifte i terminologi heller enn i dens faktiske substans.¹⁶⁸

For mange utenlandske fremstår anvendelsen og utviklingen av *ordre public* i Kina som gåtefull.

¹⁶⁴ Prosessloven art. 260.

¹⁶⁵ Lundgaard s. 101.

¹⁶⁶ Zhang (2006).

¹⁶⁷ Dog disse bestemmelsene ikke snakker om ordre public direkte, er de merket som typiske ordre public reservasjonsregler i kinesisk lovgivning siden statlig suverenitet, sikkerhet og sosiale og offentlige interesser vanligvis er ført opp som kjerneelementer i doktrinen som er omfavnet av kinesiske dommere og det juridiske fagmiljøet.

¹⁶⁸ Xiao –Huo (2005).

Hva som fortjener spesielt sterkt å bli fremhevet er *ordre public* reservasjonen beskrevet i GPCL¹⁶⁹ GPCL har gitt et helt kapittel til regelkonflikter. Artikkel 150 sier:

"The application of foreign laws or international customs and usage in accordance with the provisions of this chapter shall in no way violate the socio- public interests of the People`s Republic of China."

I tillegg inneholder andre lover som sjøloven og luftfartsloven ordrett bestemmelsen som er gjengitt overfor.

Denne overflødigheten i loven indikerer at der er en rød tråd gjennom doktrinen som kan oppsummeres som følger:

For det første er tilnærmingen til å ekskludere utenlandske regler på grunnlag av *ordre public* tatt i bruk på en direkte måte. I følge det kinesiske fagmiljøet kommer innføringen av doktrinen til syne på to måter: På en direkte måte, og på en indirekte måte. Innføringen av *ordre public* på en direkte måte innebærer at konfliktreglene eksplisitt indikerer at anvendelsen av utenlandsk rett ikke kan komme til anvendelse når domstolene finner at de strider mot *ordre public*. Innføringen av *ordre public* på en indirekte måte betyr at konfliktreglene sier at noen nasjonale lover er preseptoriske og nødvendigvis ekskluderer anvendelsen av utenlands lov uten uttrykt referanse til *ordre public* doktrinen.

For det andre har det bidratt til et skille mellom en utenlandsk- regel i seg selv på den ene siden, og utfallet av dets anvendelse på den andre siden. Dvs. at en utenlandsk- regel som normalt vil kunne bli anvendt i en bestemt situasjon ikke nødvendigvis er ugyldig av seg selv, men skal bare avskjæres hvor dens innvirkning ved anvendelsen strider mot *ordre public*. For det tredje, og den mest slående, er at *ordre public* reservasjonen ikke bare ment for utenlandsk rett, men også på internasjonal sedvanerett hvilket er et fenomen uten paralleller i lovene til noe annet land.¹⁷⁰

¹⁶⁹ Så langt har ikke Kina laget et system for internasjonal privatrett. Derfor er konfliktreglene spredt mellom ulike separate lover og reguleringer hvor GPCL er den dominerende.

¹⁷⁰ Xiao-Huo (2005)

I 1988 inngikk Henan Garment Import og Export Corporation (heretter ”Henan”), Kaifeng Dongfeng Garment Factory (heretter Dongfeng) og Daking International Trade (Hong Kong) Co. Ltd. en kontrakt hvor de skulle i fellesskap investere midler til å forme en joint venture kalt Henan Kaida Garment Corporation (heretter Kaida) som skulle delta i produksjonen av klær for eksport. I samsvar med kontrakten ville Henan være ansvarlig for å skaffe de relevante godkjenningene fra kinesiske byråer og gi Kaida med det fastsatte eksportkvote til USA.

Etter to år nektet plutselig Henan i 1999 å fortsette med å skaffe eksport kvote til Kaida på grunnlag av at alle utenlandske etablerte foretak var forbudt tilgang til eksportkvote i henhold til kinesisk rett. Ifølge voldgiftsklausulen som var fastsatt i kontrakten fremla Dongfeng tvisten til CIETAC for voldgift i april 1991. CIETAC avga den endelige voldgiftskjennelsen 20. april 1992, som sa at kontrakten var gyldig og respondenten skulle derfor kompensere pretendenten for kontraktsbrudd.

Henan unnlot å fullbyrde voldgiftsdommen innenfor fristen som ble gitt av CIETAC i dommen. Som et resultat av dette henvendte Dongfeng seg til Zhengzhou Intermediate People`s Court for tvangsfullbyrdelse av voldgiftsdommen den 28. mai 1992. Den 28. september skrev Zhengzhou følgende i dommen sin: ” *In line with the current policy, law and regulations of China, if the arbitral award were enforced, the economic and social public interests of the state would be manifestly violated and the foreign trade ordre of the state would be undermined. Hence, according to Paragraph 2 of Article 260 of the Civil Procedure Law of the People`s Republic of China, the enforcement of the arbitral tribunal is not allowed.*”¹⁷¹

Internasjonalt er det er bred enighet om at en domstol må granske *ordre public* fra et objektivt standpunkt. En dommer kan tolke uttrykket, men kan ikke utvide rekkevidden av det. Det har lenge vært slått fast at dommere ikke lenger står fritt til å finne på nye hovedpunkter av *public policy*.¹⁷² Generelt er *ordre public* bare påberopt i de tilfellene i

¹⁷¹ Xiao and Huo (2005)

¹⁷² Xiao and Huo (2005)

hvor tvangsfullbyrdelse av en voldgiftsdom vil krenke grunnleggende økonomiske interesser, generelle rettferdighetsprinsipper, eller grunnleggende oppfatninger av god moral. I denne saken anså IPC interessene i en slags handel som urimelig og ikke formålstjenelig og følgelig en del av *ordre public* og avslo således tvangsfullbyrdelse, uten noen overbevisende forklaring. SPC opphevet imidlertid denne dommen en måned senere, og uttalte utvetydig at “*after examination, the Court holds that the disallowing of the arbitral tribunal by the Zhengzhou Intermediate People`s Court, on the Ground that the social and public interests of the state would be manifestly violated and the foreign trade order of the state would be undermined was incorrect.*”¹⁷³

Ordre public er anvendt relativt bredt i kinesisk domstolspraksis. Kinesiske domstoler har en temmelig inkonsistent praksis ved fastsettelsen om hvorvidt *ordre public* har blitt overtrådt. Det bør merkes at sammenlignet med domstoler i utviklede land har kinesiske domstoler lettere for å anvende doktrinen selv hvor der finnes bedre alternativer.¹⁷⁴

Uklar anvendelse av *ordre public* doktrinen som er anvendt i lovgivningen og juridisk praksis av Kina gir grunn til bekymring.

¹⁷³ Til tross for SPC inngripen i saken er der ingen garanti for at lik avgjørelse ikke vil gjenta seg i den lokale domstolen. Under prosessloven bestemmer SPC etter eget skjønn hvorvidt den vil akseptere en henvendelse om overoppsyn. Tatt i betraktning domstolens mange saker, er der kanskje ikke muligheter for å gripe inn i alle saker som har blitt avslått av BPC. Meldingssystemet skal i realiteten være i stand til å forbedre situasjonen. Håkansson s. 204.

¹⁷⁴ Xiao and Huo (2005).

6 OPPSUMMERING OG KONKLUSJONER

Begivenheten i Beijing i 1989¹⁷⁵ viste at regjeringen ikke ville tolerere at politisk frihet følger med den økonomiske liberaliseringen. Der har vært reist tvil om hvorvidt et effektivt rettsystem kan gjennomføres uten en grunnleggende politisk reform.

Det er fortsatt en generell mistillit til loven blant kineserne til tross for at den har blitt opphøyet og forfremmet i samfunnet av kommunistpartiet. Mange rettsregler etterleves ikke, eller adlydes kun delvis. Megling og forsoning fortsetter å være den mest utstrakte formen for tvisteløsning, uten noen stor anvendelse av rettsregler. En kinesisk jussprofessor var flau da han innrømmet at det første han tenkte på da han skulle løse et rettslig problem, var guanxi.

Forretningsvirksomhet i Kina fortsetter med politiske føringer, regjeringsmakt, nettverksbygging og ustyrlig lokal proteksjonisme, slik at loven blir et svakere alternativ. Kineserne har ingen tradisjon med lover lik den vi kjenner i vesten. Betydningen av begreper som domstol, lov og rettssikkerhet er ikke nødvendigvis lik for kineserne. Det kinesiske samfunnet har fungert gjennom sine egne tvisteløsningsmekanismer, forhandlingsteknikker og oppfyllelse av kontraktsforpliktelser. Kinesiske myndigheter prøver å imøtekomme vestens krav om økt forutberegnelighet i kinesiske lover og rettspleie. Forutberegnelighet for hvem da? WTO og vesten påtvinger Kina regelsett slik at vestlige interesser skal få en sterkere grad av forutberegnelighet som aktør i det kinesiske samfunnet. Dette endrer ikke nødvendigvis kinesernes egen oppfatning av loven og praktiseringen av denne.

På den andre siden legger myndighetene i dag stor vekt på retten i samfunnet. Mange eldre kinesere omtaler stadig lovene med mild ironi, mens mange yngre jurister har en begeistring for jussen og kjemper med stor iver for rett og rettferdighet. I den senere tid har

¹⁷⁵ Studentopprøret på Tianenmen Square.

det voksende antall av utdannede og høyt kvalifiserte jurister bidratt til å høyne den juridiske debatt. Juridisk litteratur blir nå publisert. Det offentliggjøres langt mer rettsavgjørelser nå enn tidligere, og private borgere bruker domstolene mer enn før, også til å anlegge saker mot myndighetene, til tross for at de seiler i hard motvind. Hvis formålet med de juridiske reformene har vært å tiltrekke seg utenlandske interesser og sikre deltakelse i WTO, vil en reell rettslig reformering innenfor Kina kunne komme i kjølevannet av disse. *Rule of law* kan bli fremtiden for Kina. Men det vil ta generasjoner.

7 Litteraturliste

Ling, Bing. *Contract Law in China*. Sweet & Maxwell Asia, 2002.

Chow, Daniel C.K. *The Legal System of the People's Republic Of China*. Thomson West Group, 2003.

Dr. Paul Vout, Professor Ye Jing- Sheng and Yi Yi Wu. *China Contracts Handbook*. Second edition. Sweet & Maxwell Asia, 2000.

Hov, Jo. *Avtaleslutning og ugyldighet. Kontraktsrett I*. 3. Utg. Papinian, 2002.

Potter, Pitman B. *Globalization and local legal culture*. Routledge, 2002.

Implementation of Law in the People's Republic of China. Edited by Jianfu Chen, Yuwen Li and Jan Michiel Otto. Kluwer Law International, 2002

Understanding China's Legal System. Essays in Honor of Jerome A. Cohen. Edited by C. Stephen Hsu. New York University Press, 2003.

Brown, Ronald C. *Understanding Chinese and Legal Process: Law with Chinese Characteristics*. Kluwer Law International, 1997.

Zhang, Xin. *International Trade Regulation in China*. Hart Publishing, 2006.

Peerenboom, Randall. *China's Long March toward Rule of Law*. Cambridge University Press, 2002.

Mo, John Shijian. *Arbitration Law In China*. Sweet & Maxwell Asia, 2001.

Tao, Jingzhou. *Arbitration Law and Practice in China*. Kluwer Law International, 2004.

Håkansson, Cecilia. *Commercial Arbitration under Chinese Law*. Iustus Förlag, 1999.

Lunddaard, Hans Petter. *Gaarders innføring i internasjonal privatrett*. Universitetsforlaget, 2000. 3. utgave.

Liisberg, Jonas Bering. *Kinas retssystem og retsreformer- en introduktion*. Jurist- & Økonomforbundets Forlag, 1999.

Artikler

Clarke, Donald C. *Economic Development and the Rights Hypothesis: The China Problem*. I: American Journal of Comparative Law. Volume 51 (2003) p. 89-111.

Hung, Veron Mei-Ying. *China`s WTO Commitment on Independent Judicial Review: Impact on Legal and Political Reform*. I: American Journal of Comparative Law. Volume 52 (2004) p.77-86.

Jie, Cheng. *Law Making and Law Enforcemen in China*. Working Paper.Norwegian Institute of Human Rights. 2002.

Sheehy, Benedict. *Fundamentally Conflicting Views of the Rule of Law in China and The West & Implications for Commercial Disputes*. I Northwestern Journal of International Law & Business. Volume 26 (2006) p.225 -266.

Zhang, Mo. *Choice of Law in Contracts: A Chinese Approach*. I: Northwestern Journal of International Law & Business. Volume 26 (2006) p. 289- 333.

Xiao, Yongping and Huo, Zhengxin. *Ordre public in China`s Private International Law*. I American Journal of Comparative Law. Volume 53 (2005) p. 653.

Wang Liming and Xu Chuanxi *Fundamental Principles of China's Contract Law*. I: 13 Columbia Journal of Asian Law (1999) 1-34

Hung, Vernon Mei – Ying. *China`s WTO Commitment on Independent Judicial Review: Impact on Legal and Political Reform*. I American Journal of Comparative Law. Volume 52 (2004) p.77- 132.

<http://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/VALSPE10/>

<http://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/VALSPE10/>